

## EL CONSTITUCIONALISMO REGULATIVO DE LOS DERECHOS Y LA JUSTICIA\*

### THE REGULATORY CONSTITUTIONALISM OF RIGHTS AND JUSTICE

*Susanna Pozzolo\*\**

**RESUMEN:** Se aborda el término justicia como un criterio para evaluar las instituciones y la calidad del sistema jurídico y social. La justicia desde un ámbito contemporáneo es vista como una referencia a la acción del legislador que trata a los ciudadanos como iguales y con respeto y, en esa medida, produce normas que permiten obtener una situación “justa”. Para ello, de esas normas y de los derechos constitucionales se crea la obligación del Estado de actuar en pos de la igualdad y del respeto. Se analiza la transición del constitucionalismo de oposición a uno garantista, presentando un doble fenómeno, la conclusión de un constitucionalismo de oposición vertical y el inicio del constitucionalismo regulativo con su oposición horizontal, de tal manera que se inclina gradualmente hacia el tema de la gobernabilidad, ya que al situarse en una perspectiva horizontal, la constitución se transforma en un instrumento para resolver conflictos cotidianos, lo mismo que una ley. Concretando el estudio en la normativa europea y el modo en que ésta, en conjunto con los organismos internacionales, puede afectar directamente los derechos constitucionales.

**PALABRAS CLAVE:** Estado de derecho, igualación de oportunidades, competición.

\* Este artículo es producto de la transcripción autorizada por la autora de la Conferencia Magistral “La Justicia: de la Redistribución al Reconocimiento”, impartida en el marco del 3er. Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, el día 05 de octubre de 2016, en Aula Magna de la Escuela Judicial del Estado de México. Una versión preliminar ha sido ya publicada en la *Revista Perfiles de las Ciencias Sociales*, UJAT, año 5, núm. 9, julio-diciembre 2017, México, pp. 39-54, con el título “El constitucionalismo de los derechos y la justicia”, <http://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles/article/view/1949>.

\*\* Egresada de la Universidad de Génova. Doctorado en “Filosofía Analítica y Teoría General del Derecho”, Universidad de Milán. Profesora del Departamento de Derecho, Universidad de Brescia, Italia.

**ABSTRACT:** The term justice is addressed as a code to measure the institutions and the quality of the legal and social system. Justice is seen from a contemporary environment as a reference of the actions of the legislator, that treats citizens as equals and with respect, And in this sense, produce regulations that allowed obtaining a “fair” situation. For that purpose, from those regulations and constitutional rights, the obligation of the state it is established to act in pursuit of equality and respect. The transition of the constitutionalism of opposition to one with guarantees is evaluated, which put forth a dual phenomenon, the termination of the constitutionalism of upright opposition and the beginning of the regulative constitutionalism with horizontal opposition, gradually involving matters of governance, since the constitutions is oriented to a horizontal perspective it becomes an instrument to solve ordinary issues, the same as a law. Specifying the study of the European Legislation and the way it functions, along the international organism can directly affect the constitutional rights.

**KEYWORDS:** Rule of law, equalization of opportunities, competition.

Recepción: 05/10/2016      Aceptado para su publicación: 15/05/2017

## SUMARIO

1. El concepto de justicia y el Estado contemporáneo. 2. Del constitucionalismo de oposición al constitucionalismo de los derechos (o sea de la oposición a la regulación). 3. Los derechos y la regulación. 4. Déficit cero y garantías constitucionales. 5. Bibliohemerografía.

### **1. El concepto de justicia y el Estado contemporáneo**

Abordar el tema de las relaciones entre derecho y justicia puede parecer muy simple o muy complejo. Yo me inclino por el análisis complejo. Por esta razón, entre otras, me parece útil realizar una aproximación a este problema delimitando el sentido del término 'justicia' a los usos relacionados con la producción de reglas heterónomas. En lo que sigue, no me ocuparé de los problemas definitorios relativos al término en cuestión.<sup>1</sup>

"Justicia", entonces, será el nombre del criterio para evaluar las instituciones y la calidad del sistema jurídico y social. En este sentido, se puede decir que el término remite a la idea de equilibrio y a la de igualdad, así como también a la de armonía del orden normativo. La idea de justicia, el criterio de lo justo, determina qué reglas se tienen que aplicar y define en qué ámbitos y en qué medida la igualdad debe ser perseguida. En particular, en la aplicación de las normas, la justicia garantiza el igual tratamiento, por lo que se presenta también como un fin social.

Hablando de la realidad contemporánea, creo que uno de los sentidos más compartidos —aquel central, se podría decir— del término justicia hace referencia a la acción de un legislador que, tratando a los ciudadanos como iguales y con respeto, produce normas que permiten obtener una situación justa, también

---

<sup>1</sup> Hart en su concepto del Derecho habla de la justicia como igualdad; es decir, de un concepto cuyo criterio de verificación cambia con el cambio de los objetos a los que se aplica.

con el respaldo de la aplicación de sanciones por parte de la magistratura, que la aplica en modo consecuente y coherente las reglas promulgadas. Cuando hablamos de justicia en relación a la comunidad política, inmediatamente pensamos en regulaciones que a) reconocen a todas las personas las libertades fundamentales y reconociendo el pleno respeto a todos los componentes de la comunidad, b) establecen la redistribución, entre todos sus participantes, de la riqueza producida por la sociedad en su conjunto, según algún criterio evaluado como justo.<sup>2</sup>

Tomando este marco conceptual, me concentraré en los Estados constitucionales contemporáneos.

Antes que nada, se debe dejar en claro que existe una variabilidad semántica vinculado con el concepto general de 'regulación justa'; sin embargo, en lo particular concuerdo con la idea según la cual una sociedad justa tiene que tratar a sus componentes en modo igual y con respeto ofrece un criterio básico.<sup>3</sup>

En los Estados modernos la idea de tratamiento igual y respetuoso de los ciudadanos pasa por el reconocimiento de derechos y por la redistribución de la riqueza producida socialmente. Es verdad que la intervención del Estado, además de redistributiva, es reparadora y de corrección, porque se preocupa por tratar los desequilibrios que se producen en la sociedad y por castigar a quien viola las normas.

Sin embargo, el tema de la redistribución es el que ocupa el debate —juzgando la intervención del Estado en la vida social— al menos desde el siglo XIX. En particular, cuando los pobres ya no fueron considerados un problema de beneficencia, sino una cuestión social y de política pública, finalmente el Estado asumió el deber de dividir los bienes producidos por la sociedad entre

---

<sup>2</sup> Dejo del todo abierto el tema de la justicia internacional, que en esta sede no voy a abordar.

<sup>3</sup> En este sentido se afirma el principio "a cada uno el suyo" o de "igual tratamiento entre iguales" y así por el estilo.

los individuos de la misma comunidad. Esto, por supuesto, con el objetivo de reducir la desigualdad, o al menos de procurar un nivel mínimo (fundamental, diríamos hoy) para todos los componentes del grupo. Afirmandose este deber, se establece entonces que cualquier persona tiene derecho a algunos bienes con independencia de sus méritos, solo por ser parte de la comunidad. Desde una perspectiva moderna la justicia distributiva, se construye alrededor de la idea de pertenencia a una comunidad política y se instituye como una forma de justicia social dirigida a reasignar los productos sociales.

El Estado contemporáneo realiza esta redistribución a través de la política tributaria: definiendo e imponiendo tributos, el Estado financia sus actividades y ofrece una redistribución de la riqueza entre los individuos de la colectividad directamente o mediante servicios de varios tipos. A veces, incluso, interviene en el mercado a la par que los otros actores. En otras circunstancias, en cambio, aprovecha su posición dominante y, por ejemplo, impone “controles de precios” sobre determinados productos y servicios o niega determinados permisos para sus distribución. Con estas políticas el Estado participa en el desarrollo económico de la sociedad, favoreciendo o desalentando comportamientos de individuos y empresas.<sup>4</sup>

En todo caso, lo que se tiene que subrayar aquí es como la raíz primaria de la redistribución se encuentra en el principio de reciprocidad, que ha terminado por coincidir con el de pertenencia. Por lo que se refiere a los Estados contemporáneos, en particular a los llamados social-democráticos, la pretensión consiste precisamente en desarrollar políticas tributarias que permitan una redistribución de la riqueza que pueda decirse, en algún sentido, *justa*: en una escala gradual, se podría decir, que

---

4 El Estado siempre tiene, en algún sentido al menos, un efecto redistributivo, pues necesariamente algunos beneficios públicos se extienden a todas las personas (aún se tratase del estado guardián), así, por ejemplo: la defensa exterior del Estado en relación a posibles amenazas de otros Estados, el logro de un medio ambiente limpio, etc. RIVA, N., “Reciprocità e politica tributaria”, en ALBERTINI, F.V., L. Cominelli, V. Velluzzi (eds.), *Fisco, efficienza ed equità*, Pisa, ETS, 2015, pp. 15-41.

esto se declina a lo largo de una línea que une la igualdad de oportunidades a la garantía de los derechos básicos.

Considerando el pensamiento jurídico y político del último siglo esta redistribución representa la justificación del orden jurídico mismo, puesto que una característica fundamental de tal pensamiento es precisamente la idea conforme a la cual se necesita de la intervención del Estado en la vida social porque, en su ausencia, se verificaría una mala o peor —y seguramente una más injusta— distribución de los bienes producidos socialmente.<sup>5</sup> La filosofía sobre la cual se fundamenta esta construcción político-jurídica ve a los componentes de la sociedad como actores involucrados en un juego de reciprocidad que permite la producción de un bienestar mayor del que tendrían si actuaran de modo aislado. Un *bienestar* que puede consistir en riqueza, en seguridad personal o en otro objetivo que se considere valioso, y que, en todo caso, tiene que ser redistribuido para beneficio de todos: se trata de la idea subyacente a la teoría del contrato social, a través del cual —*ex hypothesi*— se superan los límites que la naturaleza ha impuesto a cada persona considerada aisladamente. En este marco se sitúa también la previsión de los derechos, a los que se asigna una doble función: en primer lugar, la de ser el “esqueleto” del Estado legítimo y, luego, la de constituirse en garantías para los individuos.

En lo que nos ocupa, es importante señalar entonces el enriquecimiento del concepto moderno de justicia con la previsión, además de los derechos de libertad (o contra el poder político), de los derechos llamados positivos (o de prestación por parte del Estado). Estos últimos, cuando hacen referencia a bienes escasos, como normalmente es el caso, se pueden reconstruir también como derechos *contra el poder de los demás ciudadanos* (sean personas o empresas), puesto que su disfrute implica algún tipo de competencia entre los diferentes individuos que

---

<sup>5</sup> Se trata de “productos sociales” porque son el resultado de la existencia de la sociedad y sin ella no existirían.

forman parte de la comunidad.<sup>6</sup> Concretamente, los derechos constitucionales son los que *obligan* al Estado a actuar en pos de la igualdad y del respeto a todas las personas; aun cuando los derechos que requieren una concretización, como son todos los que establecen un servicio o una prestación (o sea todos los que miran a una redistribución de la riqueza social), pueden ser articulados y medidos por el legislador en distinta forma, cosa que puede implicar la aceptación de un cierto grado de desigualdad en la sociedad.

Como escribía Ernesto Garzón Valdés, con referencia a la teoría liberal, creo que se puede asumir que el Estado constitucional tiene como presupuesto fundamental el reconocimiento, la preservación y el fortalecimiento de la autonomía de las personas.<sup>7</sup> Con esto quiero decir que se puede identificar el objetivo del Estado constitucional contemporáneo con la construcción de un ordenamiento jurídico que logre garantizar a todos los individuos la posibilidad de elegir libremente su propio plan de vida en base a sus deseos e intereses personales (con el límite, claro está, del respeto de los derechos de los demás). Para este fin, se ha encontrado en los derechos fundamentales el instrumento para satisfacer la necesidad de asegurar unos bienes básicos, por los cuales el Estado redistribuye la riqueza producida, asumida como un logro social y no meramente individual.

En otras palabras, se puede afirmar que para su legitimidad el Estado tiene que hacerse cargo de garantizar la libertad y su ejercicio.<sup>8</sup> La redistribución se verifica, en primer lugar, a través de los mismos derechos básicos de los que todos los individuos de la comunidad son titulares simplemente por ser parte reconocida por la sociedad (como un efecto obvio derivado del contrato

6 Se tiene que considerar además el fenómeno de los efectos horizontales de los derechos constitucionales GUASTINI, R., *Interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004.

7 GARZÓN VALDÉS, E., *Tolleranza, responsabilità e stato di diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 65. Del mismo autor, "Ipocrisia, simpatia e Stato di diritto". *Claves de razón práctica*, núm. 101, 2000, pp. 10-19.

8 POZZOLO, S., "La libertà dalla povertà come diritto fondamentale", en: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 2, 2004, pp. 467-500.

social). En nuestras sociedades este reconocimiento es la medida fundamental de la igualdad y del respeto. Sin embargo, está claro que este resultado no se obtiene automáticamente de la previsión abstracta de los derechos fundamentales (formulados como principios), sino a través de la previsión de un sistema de reglas jurídicas que determine un marco formal dentro del cual los individuos puedan gozar de sus derechos. Normalmente, se trata de un marco que procura la *igualación de las oportunidades* y que a lo máximo tiene solo una *tendencia* a la viabilidad sustantiva de la igualdad. Obviamente, en la realización efectiva de esta igualdad inciden muchos factores, entre otros también la cultura, los recursos disponibles, las condiciones de salud de los ciudadanos, etc.

La igualdad de oportunidades se realiza, en todo caso, al menos en dos modos: como ya se dijo, mediante la atribución de derechos a los ciudadanos/as o mediante la igualación de oportunidades en la competición. Es decir, mediante la equiparación entre los individuos que compiten entre ellos para adjudicarse ciertas oportunidades socialmente escasas: como una particular posición social o un cargo público, una beca o un trabajo específico. Se tiene que subrayar como la igualdad resultante de la afirmación de los derechos determina una igualdad *estructural* para que los individuos tengan una posición básica similar entre ellos, entonces se nota como esta postura pone en discusión la repartición del poder; de la cultura y de los recursos preexistentes típicamente desiguales: la sociedad actúa procurando ventajas mutuas a sus componentes evidenciando así su valor; puesto que antes de esta no había igualdad.<sup>9</sup> El derecho entonces instituye un cambio respecto a la desigualdad natural (y social) anterior a su establecimiento. La igualdad en las oportunidades para competir, diversamente, no pone lógicamente en tela de juicio la repartición existente entre los individuos, puesto que la competición mantendrá al final las diferencias.<sup>10</sup>

9 *Idem.*

10 RIVA, N., "L'eguaglianza delle opportunità come criterio di giustizia", *Working papers*, Centro Einaudi, núm. 4, 2009, p. 19. Como justamente señala Nicola Riva siempre se consideran

En ambos casos, el objetivo básico de la sociedad es neutralizar la influencia de las desventajas naturales (sobre las cuales el individuo no tiene ni mérito ni culpa) que procuran desigualdades sociales que tienen que considerarse moralmente irrelevantes, permitiendo llevar la competición entre las personas a niveles superiores. Entre los factores que afectan los resultados obtenidos por los individuos con independencia de su voluntad o mérito se encuentran, por ejemplo, el nacer en una cultura más o menos tradicional,<sup>11</sup> el nacer o no en una familia que estimule el florecimiento de la persona, el nacer con una salud mental o física más o menos buena, y así por el estilo.<sup>12</sup> El sistema de derechos constitucionales trata de traducir en derecho la irrelevancia moral de estas diferencias; aun sea por límites de hecho y no conceptual, claramente este sistema se dirige solamente a algunos factores, quizás los más básicos pero sumamente importantes para crear una base que permita a los individuos perseguir sus propios planes de vida y también adjuntar colectivamente otros derechos fundamentales.

Entonces, el Estado constitucional contemporáneo, además de la promesa de garantizar la libertad externa,<sup>13</sup> asume la de garantizar la libertad interna,<sup>14</sup> con la protección de los derechos. Aun considerando las diferencias que se pueden encontrar en la literatura, ésta es su base justificativa que se desarrolla a partir de la idea de reciprocidad y de neutralización de la naturaleza.

Más o menos implícitamente se deriva, entonces, que las personas merecen algo moralmente solo cuando este “algo” se encuentra

---

unas oportunidades no siendo posible considerar en abstracto la igualdad o desigualdad de oportunidades.

11 Cosa que puede favorecer o dificultar, por ejemplo, que una mujer complete su instrucción académica, además de su futura independencia económica.

12 El tema de los factores para calcular la responsabilidad y el mérito es muy complejo y difícil para ser discutido brevemente. También la cantidad de voluntad que el individuo “logra usar” —entendida como una dote personal— puede ser algo que no depende de su mérito.

13 Libertad de acción y de movimiento: la ausencia de constricción.

14 El reconocimiento de la autonomía del sujeto, de la posibilidad de aspirar sin algún tipo de regulación heterónoma al logro de un cierto fin, o de perseguir un plan de vida.

bajo su control, a esto sigue que la tarea del derecho sea de actuar principalmente contra la mala suerte natural. En lo natural no se deberían considerar solo dotaciones de calidad y capacidad personal, pues también se tendría que considerar la situación social y económica presente al momento en que se establecen las reglas: es decir, se tienen que desnaturalizar también las diferencias heredadas por sociedades anteriores. El objetivo político del constitucionalismo de los derechos se sintetiza, entonces, en esta tendencia desnaturalizante de la justicia al menos hasta un cierto grado.

A partir de este *background*, se puede resumir diciendo que el Estado constitucional democrático contemporáneo se configura *contra* la naturaleza en dos sentidos distintos: i) porque reequilibra artificialmente la fuerza y la debilidad mediante sus reglas y organismos institucionales y ii) porque la idea misma de justicia, que se ubica en la base de esta sociedad, se muestra hostil a una distribución casual (o natural) del poder y de los bienes, confiando en su capacidad de modificarla de manera justa.

## **2. Del constitucionalismo de oposición al constitucionalismo de los derechos (o sea de la oposición a la regulación)**

La historia del constitucionalismo es antigua y no me atrevo a proponer una reconstrucción. Quisiera, nada más, trazar sintéticamente el marco de la reflexión de estas páginas. Se pueden ubicar las raíces del discurso constitucional contemporáneo en las ideas revolucionarias que llevaron al establecimiento de la Constitución estadounidense y de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Este momento histórico representa una ruptura, un cambio de perspectiva con relación al pasado.<sup>15</sup> Aun cuando en distinta medida ambas

---

<sup>15</sup> La literatura en cuestión es vasta. Aquí traigo a colación solo los siguientes textos: MCLLWAIN, C.H., *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), Il Mulino, Bologna, 1990; TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976; COSTA, P. e D. Zolo, *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milán, 2002.

revoluciones aportaron elementos a la moderna concepción constitucional, a mi modo de ver es en particular la Revolución francesa aquella que resulta determinante,<sup>16</sup> por la doctrina subyacente al proyecto en relación a la afirmación (reconocimiento) de los derechos y del control (establecimiento y dibujo) de las instituciones. Se trata de una asunción de responsabilidad que marca concretamente un cambio respecto al constitucionalismo antiguo puesto que desde ese momento la sociedad se funda sobre un *orden artificial*, voluntariamente impuesto por los seres humanos a la naturaleza.<sup>17</sup> Estas constituciones, diseñadas para tener una larga vida bajo la creencia de que los aspectos de base de la sociedad son inmutables, llevan a cabo la positivización de los derechos individuales,<sup>18</sup> proyectados como armas “naturales” *contra* el poder político, en el marco de una visión aún piramidal de la sociedad. El poder político se sitúa al vértice de la pirámide, desde donde verticalmente se impone a los ciudadanos: contra éste los ciudadanos afirman sus derechos delineando sus espacios de libertad. Es éste el ideal liberal de los burgueses: los ciudadanos

16 Hay que recordar que incluso la Constitución norteamericana usa aquel “We the People” determinante para la toma de control, por parte de los hombres, de sus propias instituciones. POZZOLO, S., *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, 2001, Cap. I, traducción castellana Palestra, Lima, 2011.

17 Thomas Paine (Los derechos del hombre, 1792) escribía: “La constitución no es cosa de hombres sino de hechos, teniendo una existencia real, y no ideal; donde quiera que no se pueda exhibir en forma visible, no hay tal constitución. Una Constitución es una cosa que precede a un gobierno, y un gobierno es tan sólo la criatura de una Constitución. La Constitución de un país no es obra de su gobierno, sino del pueblo que así constituye un gobierno. Es el conjunto de elementos a que podéis referiros y que podéis citar artículo por artículo; conjunto en el que se contienen los principios sobre los que el gobierno ha de ser establecido, la forma en que se habrá de organizar, los poderes que tendrá, el carácter de sus elecciones, la duración de las legislaturas, los nombres que han de llevar las cámaras, los poderes que tendrá la parte ejecutiva, y, en resumen, todo cuanto se refiera a la completa organización de una forma de gobierno, y de los principios en que lo dirigirán, y por los que estará sujeto. Por lo tanto, una Constitución es, con respecto a un gobierno, lo que las leyes dictadas posteriormente por este gobierno son con respecto a un tribunal de justicia. El tribunal de justicia no hace las leyes ni puede alterarlas, limitándose a actuar de acuerdo con las leyes establecidas: del mismo modo el gobierno es gobernado por la Constitución”.

18 Entre los muchísimos libros se encuentra, por ejemplo, FACCHI, A., *Breve storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bologna, 2007, que acuerda JELLINEK, G., *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, en: CARBONELL, M. y A. Posada (eds.), UNAM, México, 2000, p. 82: “Merced a la Declaración de los Derechos es como se ha formado con toda su amplitud, en el derecho positivo, la noción, hasta entonces solo conocida en el Derecho natural, de los derechos subjetivos del miembro del Estado frente al Estado todo”.

son pensados como un único cuerpo, sin distinciones internas, en virtud de lo cual se afirma la idea de reciprocidad colectiva en vista del bien común. Del modelo primigenio del ciudadano burgués,<sup>19</sup> se tiene que subrayar su posición de igualdad desde la cual mantiene relaciones de poder “horizontales” con los demás iguales, en un espacio vacío de normas impuestas desde arriba. En este espacio es el consentimiento que juega como criterio para la construcción de vínculos legítimos, puesto que se trata –al menos así se asume– de personas libres de actuar y pensar.

La afirmación de esta idea de persona va de la mano con el desarrollo del constitucionalismo de *oposición vertical* que predica su división en dos áreas de espacio normativo: i) la primera es dominio del legislador y del derecho, de la política pública, y es aquella en donde el ciudadano tiene que obedecer a normas heterónomamente establecidas. ii) La segunda, por el contrario, es caracterizada por la libertad: un área donde la persona es autónoma en sus decisiones y no obedece a nadie sino a sí misma.<sup>20</sup> Los derechos de libertad constituyen el aparato de normas que define este espacio libre, puesto que circunscriben la competencia normativa del legislador, confinándola al ámbito exterior.<sup>21</sup> Creo que el *coto vedado* de Ernesto Garzón Valdés

---

19 La identificación de un único “sujeto de derecho” no determina inmediatamente la desaparición de las distintas diferencias, sobre todo porque persisten ciertas desigualdades que excluyen a determinados grupos dentro de “los iguales”. Tales casos se verifican, por ejemplo, porque algunos de sus componentes no son hombres; de modo que, según ese modelo, las mujeres permanecen marginadas (como amas de casa) y son, por ello, excluidas de la vida pública (burguesa). Sin embargo, se tiene que recordar que ya en el pensamiento ilustrado se pueden rastrear ideas en pos de la igualdad entre los sexos; piénsese en Condorcet, pero también en Paine, Bentham y Mill. Aunque, al final, serán las propias mujeres las que terminarán reivindicando sus derechos: Mary Wollstonecraft con *A Vindication of the Rights of Woman* (1792), Olympe de Gouges con su *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana* (1791). De todos modos, no se puede olvidar que todavía hoy estos derechos “universales” siguen tratándose como “particulares”, BACCELLI, L., *Il particolarismo dei diritti*, Carocci, Roma, 1999.

20 PACE, A., *Libertà e diritti di libertà*, en: *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, [http://archivio.rivistaiaic.it/dottrina/libertadiriti/Liberta%20e%20diritti%20di%20liberta'\\_Pace.pdf](http://archivio.rivistaiaic.it/dottrina/libertadiriti/Liberta%20e%20diritti%20di%20liberta'_Pace.pdf)

21 Escribe Pace, citando a Jellinek “La pressione che i poteri dominanti esercitarono sulla libertà di determinarsi dell'individuo creò l'idea che uno speciale diritto corrispondesse a ciascuna delle direzioni in cui si esercitava l'oppressione. Così nasce, oltre alla rivendicazione della libertà religiosa, quella della libertà di stampa, della libertà di parola, della libertà di associazione e riunione, della libertà di espatrio, del diritto di petizione, della libertà

recoge bien esta idea.<sup>22</sup> El desarrollo del constitucionalismo, sin embargo, superó prontamente esta caracterización que distingue entre una *igualdad* horizontal, de ciudadanos a ciudadanos, y una *desigualdad* vertical, de los *ciudadanos* hacia el *poder político*.

Sin embargo el marco cambia rápidamente y ya al inicio del siglo pasado —se puede recordar la Constitución de Weimar<sup>23</sup>— se producen constituciones más ricas en materia de derechos y, desde mitad del siglo, dotada de fuerza obligatoria —un “entramado de auténticas normas jurídicas de eficacia directa”<sup>24</sup>— con esto estableciéndose la supra-ordinación de la carta fundamental (y su protección).<sup>25</sup> En mi opinión, estos

---

dall'arresto...”. Libertà “al plurale”, quindi, che si trasformeranno via via in puntuali diritti soggettivi spettanti al soggetto privato - e a lui solo - grazie alla storia, alla cultura o a concessioni del monarca. Diritti soggettivi appartenenti come tali al più ampio genus dei diritti della persona solitamente denominati “diritti di libertà” proprio perché, come già detto, è la libertà a costituirne il contenuto”, *Id.*, Libertà e diritti di libertà, *cit.*, p. 2. JELLINEK, G., *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1895)*, traducción italiana, Giuffrè, Milano, 2002, p. 104. En traducción castellana “La presión que los Poderes dominantes ejercen sobre los movimientos libres del individuo determinan la idea de que a cada una de las direcciones de la presión correspondan un derecho del hombre. Así se produjo, al lado de la exigencia de la libertad religiosa, la de la prensa, la de la palabra, las de asociación y de reunión, la de emigración, el derecho de petición, la liberación respecto del impuesto...”, CARBONELL-POSADA (eds.), JELLINEK, *La declaración*, *cit.* p. 130.

22 Ernesto Garzón Valdés propone este modelo en distintos trabajos, aquí me parece interesante recordar “Instituciones suicidas”, *Isegoria*, núm. 9, 1994, pp. 64-128, <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/284>; Del mismo autor, “Algo más acerca del «coto vedado””, *Doxa*, núm. 6, 1989, pp. 209-213.

23 El ambicioso objetivo de las constituciones del período de entreguerras se tuvo que posponer a causa de la tragedia de la Segunda Guerra Mundial. la constitución italiana de 1948 intentó conectarse a aquel constitucionalismo y, en distinta medida, también las sucesivas (la alemana y las que se produjeron a finales de siglo).

24 ESCUDERO ALDAY, R., “La imposición del «déficit cero» frente al paradigma del Estado constitucional”, *Teoría política* (nueva serie), ANNALI VI, 2016, pp. 225-247.

25 Rafael Escudero Alday es muy crítico con las constituciones de la segunda posguerra: “... con la notable excepción de la Constitución italiana de 1948 [...] a partir de la Segunda Guerra Mundial se fue construyendo un constitucionalismo bien diferente al forjado en sus albores... Un primer cambio consiste en la tendencia a limitar al máximo los instrumentos de democracia directa... recogidos por ejemplo en el art. 73 de la Constitución de Weimar y en el art. 66 de la Constitución de la República Española. Además, se recondujo la participación política de la ciudadanía en los asuntos públicos al interior de los mecanismos propios de la democracia representativa. Buen ejemplo de esta limitación democrática son las Constituciones de Bonn de 1949 y la francesa de 1958. En ellos se dificulta sobremanera que sea la propia ciudadanía la que ejerza directamente la soberanía, canalizándose en cambio las demandas de los ciudadanos a través de la acción de partidos políticos y evitándose así los “excesos” en los que supuestamente habrían incurrido textos constitucionales como el de

documentos representan al mismo tiempo un doble fenómeno: la conclusión del constitucionalismo de *oposición vertical* y el inicio del constitucionalismo *regulativo* con su *oposición horizontal*.

La afirmación del modelo constitucional “largo y denso”, acompañado de la normalización de la forma democrática, determina un nuevo paradigma para el constitucionalismo contemporáneo colocando en su mismo centro distintos instrumentos defensivos de los derechos. No obstante haya sido el constitucionalismo revolucionario a trasladar los derechos individuales dentro el derecho en sentido positivo, es solo en este segundo modelo de la actualidad que el paradigma constitucional pone especial atención en la igualdad horizontal y toma en serio la afirmación de la Constitución estadounidense: “We the People”. Básicamente es este constitucionalismo, ya democrático, que ofrece una regulación de la esfera de libertad del ser humano: persiguiendo una igualdad sustancial entre la comunidad, se convierte la regulación de esta área en una necesidad, exigida por la existencia de los derechos positivos. En este marco, la idea tradicional del control jurídico del poder no se traduce en una delimitación de su ámbito de acción, sino lo contrario: en la regulación de su actividad, vuelta ahora imprescindible. A esta altura, las reglas de redistribución adquieren una posición central en la construcción de la sociedad.

Siendo claramente ilusoria la idea de la disolución del poder político hasta su ausencia solo porque el *demos* gobierna, los distintos intereses y demandas que se manifiestan por parte

---

Weimar”, *op. cit.*, p. 229. Recuerda Pace que “Non a caso, Vittorio Emanuele Orlando, già nel 1890, nel suo famoso saggio sulle guarentigie della libertà, osservava che “[I]a scuola francese ha la tendenza di dare alla parola libertà un senso che più esattamente noi renderemmo colla parola democrazia. Così, costituzioni libere sono quelle democratiche; così per trionfo della libertà s’intende il trionfo della democrazia” (ORLANDO, V. E., “Teoria giuridica delle guarentigie della libertà”, en: BRUNIALTI, A. (ed.), *Biblioteca di scienze politiche*, vol. V, UTE, Torino, 1890, p. 921, *ivi*, p. 17). Yo no comparto completamente la crítica en el sentido de que el constitucionalismo por su vocación fundamental tiene que “limitar”. También en formas políticas demócratas se generan concentraciones de poder, no creo que exista una ciudadanía abstracta, sino grupos de intereses.

del mismo “pueblo”;<sup>26</sup> se expresan en una competición que se concreta en la forma en la que se declinan en reglas aplicables los derechos constitucionales. Este fenómeno afecta especialmente a los derechos *sociales*, puesto que éstos implican una obvia y evidente acción (re)distributiva por parte del legislador.<sup>27</sup>

Aunque los derechos constitucionales sean reconstruidos por la literatura como *un derecho superpuesto al derecho*, al que el legislador debería obedecer,<sup>28</sup> y sean formulados en modo que lo afirmado “sea una vez para siempre”, ellos se revelan en una fuente de conflictos y antinomias para el derecho objetivo. La traducción en normas infra-constitucionales representa, normalmente, un momento de lucha entre grupos sociales, de tal manera que acaba reduciéndose también la percepción de legitimidad que tiene la formulación concreta establecida al final por el legislador. A su vez, esta disminución promueve demandas judiciales y consecuentes

26 Sobre la democracia, la literatura es inmensa. En esta sede me limito a recordar el siguiente libro: GREPPI, A., *La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Trotta, Madrid, 2012.

27 En la amplia literatura, véase, por ejemplo, ROSSETTI, A., “Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales”, en: RIBOTTA, S. y A. Rossetti (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 101-126. Para la tesis de la sujeción del legislador a los derechos, se puede aquí reenviar a la obra de Luigi Ferrajoli, quien, a partir de su lectura de los derechos fundamentales, concibe a la función legislativa como limitada por ellos: la ley tiene que ser sometida a los vínculos substanciales de los principios y de los derechos fundamentales constitucionales. Entre los muchos escritos, véase: FERRAJOLI, L., “Los derechos fundamentales”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 15, julio-diciembre, 2006, pp. 113-136, donde se puede leer “[d]el derecho resulta positivizado no solamente su “ser” [...] sino también su “deber ser” [...] ya no solamente los vínculos formales relativos al “quién” y al “cómo” de las decisiones, sino también los vínculos de contenido relativo al “qué cosa” de las decisiones mismas ya que no son más que los principios y los derechos fundamentales: los derechos de libertad, que no pueden ser lesionados, y los derechos sociales cuyo cumplimiento es obligatorio”, p. 114.

28 Sobre este punto existe muchísima literatura, desde los realistas jurídicos hasta los críticos legal studies. Se podría hacer referencia también al debate de Waldron y otros defensores de la democracia contra la institución contra-mayoritaria de los tribunales y su presunta mejor capacidad de defender los derechos. Se podría inclusive hacer referencia al debate neo-constitucionalista y a la tesis de la incorporación de la moral. Lo que me parece claro es que, en la medida en que interpretar un texto normativo no signifique conocer algo, hay un margen de variabilidad en la definición del contenido, así también en el caso de los principios y los derechos constitucionales. Entre muchos que subrayan cuán problemática es una precisa formulación de los derechos ver CELANO, B., *I diritti dello stato costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 2013. Me parece interesante, también, señalar el siguiente trabajo, aunque trate un punto temático algo diferente: LESSIG, L., “Erie-Effects of Volume 110: An Essay on Context in Interpretive Theory”, *Harvard Law Review*, vol. 110, núm. 8, junio, 1997, pp. 1785-1812.

respuestas jurisdiccionales a todos los niveles. Sin embargo, en lo constitucional en particular no se dan simples cuestiones políticas (donde el legislador puede elegir libremente), pues cada arreglo normativo se ha vuelto justiciable bajo la constitución.

De este modo, se ha producido una expansión del *poder decisonal* (dispositivo) de la jurisdicción a expensas del poder legislativo, que se encuentra cada vez más “sujeto” a diversas semánticas constitucionales.<sup>29</sup> Interpretando los derechos como principios, los intérpretes se encuentran sujetos a un “derecho ampliamente entendido”, poniendo de manifiesto hasta qué punto no se haya agotado la carga política del derecho objetivo. El camino hacia la justicia que pasa por la propia redistribución se realiza a través de ponderaciones entre derechos que se termina por moldear ¿degradándolos a meros intereses? Así las cosas, la redistribución ya no podría llamarse justa, la neutralización de su naturaleza parecería estar en duda.

### 3. Los derechos y la regulación

Como ha señalado Bruno Celano “cuando reconocemos o asignamos un derecho, reconocemos o asignamos una especial importancia, un peso particular, a cierto interés, en el sentido de que consideramos aquel interés una razón suficiente, en igualdad de condiciones, para imponer o negar un deber”.<sup>30</sup> Sin embargo,

<sup>29</sup> Se solicitan incluso interpretaciones conformes o, como Guastini las llama, adecuadoras (adeguatrici), y que, como tales, implican una reinterpretación más general del texto constitucional por parte de los jueces, intensificando el proceso de constitucionalización de todo el derecho y, al final, tal vez modificando el mismo rol del documento constitucional. La interpretación adguatrice implica por ejemplo que: a) el tribunal atribuya sentido al enunciado constitucional en cuestión. El enunciado normalmente admite diversas interpretaciones que implican una elección valorativa por parte del intérprete, más si la formulación incluye conceptos morales cuyo significado se nos presenta como parcialmente indeterminado, b) El tribunal justifica la interpretación elegida argumentando, o sea ofreciendo razones a favor de su resultado interpretativo, c) La disposición de la ley que debe ser interpretada admite varias interpretaciones, el tribunal elige el significado basándose en una interpretación conforme a lo que ha decidido en los pasos a) y b), es decir elegirá la interpretación mayormente conforme al significado atribuido antes a la disposición constitucional (descartando las interpretaciones que resulten incompatibles, aunque dejándolas como posibilidades interpretativas para otros intérpretes).

<sup>30</sup> CELANO, B., “I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea”, *Analisi e diritto*,

si claramente hay que arribar a una concreción en particular, la de los derechos sociales ha dejado en claro que no hay *una* sola traducción posible, razonable, o justa de los derechos (y de los correspondientes deberes).

En Europa, la expansión de las políticas del *Welfare State* tuvo ya su momento de mayor desarrollo de normativas dirigidas a la redistribución y a la previsión de garantías sociales. Aun así, la afirmación de los derechos económicos —en particular del derecho al trabajo— o de otros, como la salud y la educación, han planteado una especie de competición entre ciudadanos (entre los *iguales*<sup>31</sup> de la que hablaba antes) puesto que existe escasez de bienes: no se trata aquí de una distribución igual para todos, sino de una redistribución a través de una competencia entre demandantes, misma que pretende obtener un marco de igualdad mediante formas de neutralización de la suerte. Allí debería empezar la competencia con oportunidades paritarias.

A este fenómeno de tipo nacional se acompaña, en el plano internacional, la difusión de i) la ideología de los derechos humanos<sup>32</sup> y de ii) la forma jurídico-política propia de las democracias constitucionales (con la consecuente difusión del modelo constitucionalista a lo largo y ancho del planeta). A mi juicio, a partir de ese momento se da inicio a una nueva era en el constitucionalismo. Este nuevo modelo, que podría definirse *regulativo*, adquirió rápidamente beneplácito internacional; presentándose, así, como el criterio de justicia

---

2001, p. 43.

31 Cosa que no implica la igualdad absoluta y económica. Sobre el tema de la “justicia distributiva”, entre muchos otros, véase: GARCÍA AMADO, J.A., Justicia distributiva y Estado social. ¿Debe ser el Estado social un Estado igualitario?, <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Igualdad.%20Justicia%20distributiva%20y%20Estado%20social.%20Ponencia%20Alicante.pdf>; del mismo autor; “¿Qué desigualdades debe el Estado corregir?”, *Debates de filosofía política*, I, <http://almacendederecho.org/que-desigualdades-debe-el-estado-corregir-debates-de-filosofia-politica-il>. Hay quien piensa que es posible una recomposición no conflictiva de estos derechos, CASADEI, Th., *I diritti sociali*, Firenze UP, 2012.

32 A partir de la Declaración de 1948, que marca un momento imprescindible en la historia del constitucionalismo, pues desde entonces se asiste a una creciente producción de cartas, tratados y declaraciones sobre derechos.

y de legitimidad de los Estados. Sin embargo, la difusión de tal modelo ha terminado por normalizarlo a un nivel, en muchos casos, solo formal (no sustantivo). De allí que ambos tipos de derechos, positivos y negativos, por razones distintas según el caso, padezcan frecuentemente de una compresión. En lo que interesa a la presente reflexión, los derechos positivos —que recogen las instancias de redistribución de los bienes producidos socialmente— han vuelto a ser considerados como *programas* o *principios*, que canalizan la política sin obligarla estrictamente. Según cierta literatura, a propósito de este fenómeno, más que de un constitucionalismo débil, se puede hablar de un proceso de *desconstitucionalización*.<sup>33</sup>

Es cierto, pues, que el constitucionalismo regulatorio se inclina gradualmente hacia el tema de la gobernabilidad —inclusive en los Estados constitucionales y democráticos más antiguos— gracias a ponderaciones que, en busca de la mejor solución según cada caso, han transformado a los que antes se llamaban “derechos” en “pretensiones” cuyo peso es fijado por una escala de evaluación variable dependiente de la interpretación. Al fenómeno descrito se ha acompañado un desplazamiento de poder del legislador a la función judicial (puesto que cualquier decisión del primero se presenta como justiciable y ponderable, constantemente se pone en tela de juicio cómo se distribuyen los beneficios que derivarían de los derechos concretizados), disminuyendo además el grado de “democraticidad” del sistema político.<sup>34</sup> En otras palabras, la formulación concreta de la ley se ha convertido en una *decisión prima facie*, siempre sujeta a una nueva definición. Esto se da porque no existe un acuerdo sobre las condiciones mismas de “justicia” que se deberían observar, y que son las que permitirían

---

33 ESCUDERO ALDAY, Rafael, *op. cit.*

34 En esta dirección es interesante notar como en el debate público se trata de ubicar en posiciones de oposición entre sí a las distintas generaciones; por ejemplo, culpando a los más viejos, que todavía trabajan, por la falta de trabajo juvenil. El punto es que siempre se exime de responsabilidad a quien distribuye y también por cómo lo hace, porque este último se ha reservado la imagen del árbitro que adjudica entre las diferentes pretensiones reivindicadas por parte de los iguales, como si fuesen pretensiones con las que éste no tiene nada a que ver. Como si la definición de las condiciones de justicia no dependiese de él.

la igualdad en la competición y la percepción de un resultado justo.

Aun sin brindar una defensa directa de la democracia, el modelo que va surgiendo a partir de estas transformaciones presenta algunas dificultades estructurales. Por un lado, este tipo de constitucionalismo debilita las garantías verticales, transformando derechos en pretensiones ponderables. Por otro lado, esta filosofía constitucional concentra su atención en la “línea horizontal” de la relación, en muchos casos sin considerar a fondo la disparidad entre los distintos actores privados, cosa que acarrea el riesgo (paradójico) de que unos y otros se desenvuelvan en relaciones asimétricas en las que los menos aventajados llevan las de perder en su encuentro con grandes grupos de interés (como las multinacionales o los *lobbies*). Si es verdad que la aplicación horizontal de los derechos habilita abstractamente a un uso de las garantías verticales también contra el poder privado —justamente en cuanto poder— también es cierto que sin una clara y compartida jerarquización de los valores,<sup>35</sup> la ponderación entre pretensiones puede llevar a una discutible —en mi opinión, tal vez equivocada— limitación de las garantías sociales frente al respeto de las libertades. Sirva como ejemplo la forma en que la Corte de Justicia europea ha tratado el conflicto entre la “protección de los trabajadores” y la “libertad de empresa”.<sup>36</sup>

Está claro que la constitución no acarrea tras de sí *una* doctrina, *una* determinada idea de sociedad. Por el contrario, se hace mensajera de una *pluralidad* de valores cuya realización es también fuente de conflicto. Sin embargo, ha sido tarea central del Estado constitucional de la posguerra, hasta hoy al menos, la realización efectiva de los derechos sociales. Más aún, la función fundamental de estos Estados ha sido la redistribución de la riqueza social. Esto ha significado, a lo largo de los últimos siglos, hablar de justicia.

<sup>35</sup> CELANO, B., *I diritti nello, cit.*

<sup>36</sup> Véanse las sentencias de la Corte di giustizia C-341/05, *Laval un Partneri Ltd / Svensk a Byggnadsarbetareförbundet e a.* y C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contro Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti.*

Es decir, frente a la posible variabilidad en la concreción de los derechos, la doctrina constitucional —que ha llevado adelante la difusión de este modelo— se ha fundado, al menos hasta ahora, en la idea según la cual el camino hacia la justicia necesita, en gran parte, del establecimiento de políticas tendientes a la reducción de la desigualdad, cosa que el Estado nacional tendría que perseguir mediante la aplicación de políticas redistributivas.

Aun así, el desarrollo del constitucionalismo *regulativo* se decanta en el persistente cuestionamiento de las decisiones políticas. De allí que se produzca una transferencia de poder desde esa esfera a aquella de la jurisdicción que, por un lado, adolece de una falta de legitimidad democrática para solucionar los conflictos sociales, pero que, por otro, encuentra precisamente en esa falta su legitimidad institucional para buscar una respuesta. Esta es, a mi entender, una modalidad de producción y aplicación del derecho que va mutando la estructura constitucional, perturbando así los mecanismos de contrapeso. Un breve corolario de lo antedicho es que se ha disminuido la fuerza política del criterio del consentimiento —que sin embargo se mantiene como la fuente de la legitimidad política— y que, también, se ha agrietado el principio de legalidad.<sup>37</sup> En mi opinión, se trata de un cambio que todavía no tiene antídotos y que continúa alimentándose de ideologías *constitucionalmente débiles*.<sup>38</sup>

37 Ello, a pesar de la extendida difusión del modelo constitucional que aquí se discute, *cfr.* POZZOLO, S., *Costituzioni, interpretazioni, disaccordi. Appunti per un diritto che cambia*, Aracne, Roma, 2012; de la misma autora, “El estado constitucional de derecho como paradigma de la modernidad” en: BARRIOS GONZÁLEZ, B. y L. Barrios Chávez (eds.), *El constitucionalismo de los derechos*, Barrios & Barrios, Panamá, 2014, pp. 21-37; BARRIOS CHÁVEZ, L., *La constitución de los derechos fundamentales*, Barrios & Barrios, Panamá, 2015.

38 Es cierto que, con el fin de recuperar estabilidad, las interpretaciones ofrecidas por los tribunales superiores han producido también especificaciones o concretizaciones de principios que determinan jerarquías estables. Sin embargo, tiene que notarse que esas jerarquías estables, efectivamente, no se refieren a los valores abstractos, tomados por sí mismos en términos absolutos; sino más bien considerados en una u otra de sus posibles “contextualizaciones”. Así, por ejemplo, se ha producido una jerarquía estable que evita el conflicto entre la libertad de expresión, entendida como la libertad de prensa, y el derecho a la libertad personal o a la personalidad, entendida como el derecho al honor, priorizando los intereses de la libertad cada vez que las noticias perjudiciales al honor sean de importancia pública y, por el contrario, reconociendo preferencia al derecho al honor cada vez que la noticia no tenga tal importancia. El valor transmitido por cada uno de estos principios ha encontrado una regla de composición y estabilidad. Las ponderaciones que dan lugar a jerarquías móviles dejan,

Aunque quizás se trate, como algunos sostienen, de un proceso de desconstitucionalización. Estos son problemas que afectan generalmente a los ordenamientos europeos. Sin embargo, se podría decir que aunque sea en diferente medida también se extienden a otras realidades.

El ordenamiento jurídico no parece funcionar igual que antes: el ideal parece haber sido alcanzado y superado de forma simultánea, produciendo además incertidumbre en lo que al principio jerárquico respecta (y eso teniendo en consideración que es este principio el que rige la entera estructura de la legalidad en el Estado moderno). Este panorama contribuye al creciente número de fuentes del derecho que, en diferentes niveles<sup>39</sup> y con varias implicaciones, inciden internamente en su desenvolvimiento, provocando desorden.<sup>40</sup> El derecho objetivo ha llegado a formar parte, así, de un entramado jurídico sin relaciones claras. Por otra parte, la introducción de fuentes externas a la legislación nacional ha provocado, cada vez más evidentemente, su internacionalización, a la vez que no ha contribuido a *constitucionalizar* el Derecho supranacional con la misma intensidad.<sup>41</sup> Esa reconstrucción del fenómeno ofrece un cuadro bastante oscuro, si no sombrío; y sin

---

por el contrario, la percepción de un derecho fluido e incierto, casi un oxímoron, un derecho siempre abierto a nuevos equilibrios, a inconsistencias y defeasibility. Defectos que, de hecho, se pueden encontrar siempre, pero que son diferentemente percibidos en las diversas áreas del derecho, en relación, también, a las modalidades de acción que los intérpretes habitualmente adoptan. Sobre el tema de la defeasibility ver FERRER BELTRAN, J. y G.B. Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

39 Pienso en los productores de normas, que van desde las agencias que garantizan la *privacy* hasta los organismos de la Unión Europea, desde órganos como el WTO hasta el *soft law*.

40 Ya Nino sostenía la imposibilidad de una reconstrucción insular del derecho. Entre sus escritos se pueden consultar los siguientes: NINO, C., *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985; *Introducción a la análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980; *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989; *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994; *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997; "Can there be Law-abiding judges?", en TROPER, M. y L. Jaume (eds.), *1789 et l'invention de la constitution*, LGDJ, Paris, 1994.

41 Sobre el tema hay mucha literatura, ver por ejemplo: HABERMAS, J., "La costituzionalizzazione del diritto internazionale e i problemi di legittimazione che deve affrontare una società mondiale giuridicamente costituita", *Iride*, XXI, núm. 53, enero-abril, 2008; CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Turín, Einaudi, 2009; del mismo autor, *Oltre lo stato*, Laterza, Roma, 2006; BIFULCO, R., "La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito", *Rivista AIC*, núm 4, 2014, <http://www.rivistaaic.it/la-c-d-costituzionalizzazione-del-diritto-internazionale-un-esame-del-dibattito.html>

embargo todavía no se ha desarrollado totalmente el proceso de cambio de las fuentes del derecho.

Ese situarse en perspectiva horizontal cambia el sentido del constitucionalismo, ya que transforma la constitución en un instrumento para resolver conflictos cotidianos entre particulares, lo mismo que la ley. Incluso el modelo de “ciudadano” no se corresponde ya con el ideal burgués, puesto que no existe la sociedad de libres e iguales: hay actores con una fuerza económica más poderosa que algunos Estados<sup>42</sup> y existen ciudadanos sin perspectiva alguna. Probablemente estos sean algunos de los síntomas de la crisis más general del modelo “Estado”.<sup>43</sup>

#### 4. Déficit cero y garantías constitucionales

La crisis económica de los últimos años ha afectado profundamente a la situación jurídica antes referida, poniendo en serio peligro el nivel de desnaturalización de la justicia obtenido hasta hoy por parte de los Estados en esa línea más avanzados. Se puede encontrar un interesante ejemplo de estos efectos en la normativa europea<sup>44</sup> observando el creciente número de previsiones normativas de vínculos al gasto estatal. La línea europea ha sido inaugurada con el objetivo de uniformar los comportamientos fiscales de los distintos Estados dentro de la Unión. No quiero proponer una evaluación económica de esta

42 Algunos ejemplos: The obscure legal system that lets corporations sue countries, <https://www.theguardian.com/business/2015/jun/10/obscure-legal-system-lets-corporations-sue-states-ttip-icsid>; Isdemocracy threatened if companies can sue countries? <http://www.bbc.com/news/business-32116587>; Profiting from crisis, [http://corporateeurope.org/sites/default/files/profitting-crisis-ex\\_sum-en.pdf](http://corporateeurope.org/sites/default/files/profitting-crisis-ex_sum-en.pdf); Corporate Bias in the World Bank Group's International Centre for Settlement of Investment Disputes: A Case Study of a Global Mining Corporation Suing El Salvador, [http://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2015/05/el-salvador\\_informe-sobre-caso-CIADI\\_eng.pdf](http://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2015/05/el-salvador_informe-sobre-caso-CIADI_eng.pdf)

43 El debate acerca del tema es realmente amplio. Solo como ejemplo de la variedad de problemas implicados, rememoro los siguientes trabajos: COSTA, P. y D. Zolo, *Lo stato di diritto*, cit.; KUMAR KATYAL, N., “Internal Separation of Powers: Checking Today's Most Dangerous Branch from Within”, *The Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 9, 2006, pp. 2314-2349; SUNSTEIN, C.R., “Beyond Marbury: The Executive's Power to Say What the Law Is”, *The Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 9, 2006, pp. 2580-2610.

44 Sin embargo no solo europea, puesto que disposiciones parecidas se encuentran en las normativas de toda América Latina; sobre el tema de la crisis *cf.* *Ragion pratica*, núm. 1, 2017.

política, sino reflexionar en torno a cómo esto pueda impactar en la dinámica de los derechos fundamentales (sean de libertad o positivos).

La democracia formal ya tenía sus problemas, pero el deterioro determinado por la crisis ha afectado directamente y gravemente la democracia sustancial que parece enfrentarse a un rápido retroceso como directa consecuencia de la contracción de la inversión de los Estados en los derechos sociales.<sup>45</sup> La disminución de la inversión en la protección social es consecuencia del aumento de la desigualdad dentro las comunidades nacionales, donde la austeridad no golpea a todos de la misma manera. Se acentúan desigualdades existentes: en Italia, por ejemplo, las 10 personas más ricas que han llegado a tener un patrimonio correspondiente al de quinientas mil familias obreras juntas. Siempre en Italia, en los años de la crisis, entre 2006 y 2012, los gastos familiares de los obreros se han reducido en términos reales en un 10,5%, mientras que aquellos de los empresarios solo en un 5,9% (en Italia hay muchas pequeñas empresas); así también, aquellos de los empleados se han reducido en un 4,5%, mientras los gastos de los directivos han bajado solo en un 2,4% (datos del CENSIS). Hay muchos factores que inciden en el índice de pobreza. Siguiendo con los ejemplos: se calcula que el nacimiento del primer hijo en una familia no aumenta el riesgo de caer en la pobreza, pasando solamente del 11,6% al 13,1%. Sin embargo, el segundo hijo dobla el porcentaje de probabilidades hasta alcanzar un 20,6%, y el tercero hasta el 32,3%. Esto determina la manera en que se forma el entramado social, afectando las expectativas y los deseos que se encuentran en la base de los planes de vida de cada individuo.

La normativa europea se ha decantado hacia posturas neoliberales en distintos grados, alejándose de la idea de la necesaria redistribución de la riqueza. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC), en particular, es un conjunto de normas para garantizar que los países de la Unión Europea mantengan unas finanzas públicas

<sup>45</sup> Disminución que no siempre se corresponde a una reducción de la inversión total, sino solo a un cambio en las partidas presupuestarias.

saneadas y la coordinación de sus políticas presupuestarias. Algunos Estados, como Italia y España, han tenido que incorporar el principio de “déficit cero”, incluso en la constitución.<sup>46</sup> Esto sería para el bien de los Estados. Pero ¿qué determina esta inclusión para las personas reales? Hay obviamente varias implicaciones, para reflexionar, ahora quiero señalar solamente dos:

**4.1. El debate público.** El *leitmotiv* del discurso político público se ha traducido en la idea de la necesaria reducción de los impuestos, transmitiendo la posición de acuerdo a la cual es *justo o correcto el retroceso de las políticas sociales* del Estado para *favorecer una mayor libertad de elección de los ciudadanos*. De ese modo, se ha concentrado la atención ciudadana en la presión tributaria misma, que se presenta como enemiga del crecimiento y del bienestar hasta ser inculpada por el crecimiento de la desigualdad. Esto evidentemente subvierte la idea inicial del contrato social donde la ayuda mutua era el instrumento del fortalecimiento colectivo.

Así se determina una desintegración del sentimiento de comunidad, con un regreso al “todo contra todo”, puesto que ya la competición se da entre los intereses de los iguales y no contra un poder político en cierta medida alieno a la comunidad.

La indiscriminada actitud adversa hacia la presión tributaria ha sido ampliamente alimentada por una retórica *populista* en larga parte “equivocada” que ha hecho caer fácilmente en el error al *pueblo*. El debate no tiene en cuenta factores muy importantes como: (a) el hecho de que los tributos inciden o afectan a bienes y personas diferentes en grados diversos, diferencia que no puede considerarse irrelevante; (b) la constatación y evaluación de cuales clases sociales resultan afectadas y en qué medida por la presión tributaria (los ejemplos del caso italiano citado); (c) el modo en que los recursos acumulados con los tributos son utilizados: por ejemplo, si son consumidos por los propios sujetos públicos o son redistribuidos a los ciudadanos como servicios o

<sup>46</sup> En la Constitución italiana se ha incluido el equilibrio de presupuesto, art. 81 Constitución.

recursos o, incluso, si son redistribuidos a través de transferencias monetarias, de manera que, en realidad, la riqueza regresa a los privados.<sup>47</sup>

Todos estos factores son fundamentales para un discurso de justicia,<sup>48</sup> obscurecerlos significa construir un debate público donde las personas no son consideradas iguales y con respeto, significa engañar a los individuos.<sup>49</sup>

**4.2. La cuestión teórico-política.** Se tiene que analizar si, y sí cómo, esta previsión normativa puede afectar directamente a los derechos constitucionales. Si lo hace, ¿en qué sentido esta disposición modifica el propio modelo constitucional? Hay argumentos a favor y en contra de la constitucionalización del déficit presupuestario:<sup>50</sup> se inquiera, por ejemplo, si puede resultar injusto dejar el peso de la deuda sobre los hombros de las futuras generaciones. Pues bien, esto encuentra respuesta en que una inversión hoy por hoy, dirigida a producir una sociedad mejor, con mayor educación y salud, parece producir un beneficio actual que, sin embargo, beneficiaría también a las generaciones futuras. Sin ambages, sin la inversión actual, las generaciones futuras tendrían desventajas pues su sociedad será seguramente menos próspera y quizás decadente (invertir en estas necesidades sociales hoy, es invertir en la sociedad del mañana). Otro argumento que se encuentra apela al riesgo que se deriva de las fluctuaciones del mercado financiero al que el Estado acudiría por vender su deuda, puesto que lo pondría a merced de factores externos, tales que el legislador nacional no tendría poder de intervenir en

47 ESCUDERO ALDAY, R., *op. cit.*

48 GUNNARSSON, A., K. Brooks y L. Philipps, M. Wersig, *Challenging Gender Inequality in Tax Policy Making*, <http://userpage.fu-berlin.de/~mwersig/Proposal%20Gunnarsson%20et%20al%20Summary.pdf>

GUNNARSSON, A. y M. Eriksson, "Discussion Paper on Tax Policy and Tax Principles in Sweden", 1902-2016, en: *Forum for Studies on Law and Society*, Umeå University, <https://umu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1064945/FULLTEXT01.pdf>

49 Acerca de la dificultad de la decisión interesantes las reflexiones en REGONINI, G., "Paradossi della democrazia deliberative", *Working Papers*, Dipartimento di studi sociali e politici, 23/03/2005.

50 *Idem.*

modo alguno. A esta objeción, sin embargo, puesto que todos los Estados ya están necesariamente inmersos en el proceso de globalización, se puede contestar señalando que ya este es el caso que se verifica cada día, en mayor o menor medida y con suerte, en cualquier parte del mundo.

Aunque no hay una posición compartida a este respecto, parece acertado que la mayoría de las medidas emprendidas para uniformar la situación europea hacia el control interno y el externo han ido en la dirección de la reducción de gastos. Ya se ha dejado de lado el objetivo de igualar los estándares de protección de derechos y protección social y, al revés, no se ha evitado, dentro de la propia Europa, el *dumping* social.

La introducción de previsiones como la del “déficit cero” a nivel constitucional, además, parece ofrecer una razón jurídica para el bloqueo de las acciones gubernamentales: paradójicamente, tendríamos un mandato constitucional que limitaría la demanda de aplicación de los mismos derechos constitucionales. Como bien ha notado Rafael Escudero, esto transformaría a la tradicional responsabilidad política hacia los ciudadanos en una responsabilidad económica hacia los acreedores internacionales.

La reflexión acerca de los derechos no puede evitar considerar la creciente fuerza ejercida por los organismos externos a los Estados. Esto ha sido interpretado de dos modos opuestos: a) como parte del desarrollo de un constitucionalismo supranacional, puesto que algunos estándares de constitucionalización se han difundido ampliamente, aun si se hubiera disminuido el nivel de las pretensiones de justicia (en todo caso forzando a los gobiernos a tomar en consideración los derechos, tanto que hoy éstos se presentan como una pauta necesaria para la legitimidad política); b) como un factor de reducción de la “fuerza” constitucionalista y democrática por efecto de la correspondiente disminución del poder estatal, ya que se aduce que tal fenómeno reduce el rol de los partidos y la capacidad de la población para determinar

sus políticas públicas.<sup>51</sup> Parece razonable preguntarse si el constitucionalismo, como lo hemos concebido en gran parte del último siglo, es decir, con una conexión político-jurídica necesaria hacia la garantía de los derechos y la democracia, se resiste a estas presiones económicas, o si estas *necesidades* se imponen, transformándolo en otra cosa y dando lugar a un proceso de desconstitucionalización. Estamos por cierto en un momento de transformación. Por otro lado, igualmente cierto es que el marco textual deja abierta la posibilidad de varios mundos constitucionales posibles. A partir de la ponderación de los principios constitucionales parece difícil negar la legitimidad de interpretaciones e implementaciones de intensidades y modalidades diferentes de los derechos fundamentales, aun en el respeto del contenido mínimo que, a su vez, es concepto bien indeterminado.

Sin embargo, si tomamos como base al constitucionalismo *principalista*,<sup>52</sup> el mandato de estabilidad presupuestaria sería un principio tan ponderable como los otros. Por otra parte, si partimos de una perspectiva garantista, caracterizada por la necesaria conexión entre democracia y garantía de los derechos fundamentales —puesto que en este marco los derechos son el límite a la democracia y ésta es el límite a cualquier decisión pública: “[los] derechos no son solo límites al poder público y privado, sino fragmentos de soberanía en manos de los ciudadanos. Es decir, ‘contrapoderes’”<sup>53</sup> — tampoco encaja bien la medida del “déficit cero” entendida como una especie de regla superior. Si esta previsión fuese entendida como una regla, determinaría una especie de asedio del constitucionalismo por limitar cualquier ponderación entre principios y políticas económicas o constituiría una medida directamente reductiva de los contrapoderes democráticos.

51 CASADEI, Th., “Diritti sociali e «processo de-costituente”, *Ragion pratica*, núm. 47, 2016.

52 ESCUDERO ALDAY, R., *op. cit.* FERRAJOLI, L., “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, *DOXA*, núm. 34, pp. 15-52. POZZOLO, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, *cit.*

53 ESCUDERO ALDAY, R., *op. cit.*, p. 241, citando a FERRAJOLI, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, p. 37.

Aun persistiendo una variabilidad interpretativa natural de la constitución, la previsión del “déficit cero” parece poner mayores y más fuertes vínculos para el poder público. Considerando que desde la perspectiva constitucionalista los poderes deben abstenerse de aprobar cualquier norma o política que vulnere los derechos y, al mismo tiempo, tienen la obligación de dictar normas o políticas dirigidas a satisfacer los derechos sociales, en particular garantizando niveles básicos de existencia (desde la sanidad hasta la educación o las condiciones de trabajo), y teniendo en cuenta que se trata de deberes *jurídicos*, significa que al no satisfacer sus obligaciones constitucionales con relación a los derechos, el Estado y el gobierno estarían actuando fuera de lo legítimo (no es cuestión solamente de adoptar una versión más pobre de la filosofía subyacente a la constitución: el así llamado “grado de actuación” no afecta a todos en el mismo modo y daña directamente la igualdad, determinando que una parte del pueblo no está tratado con igualdad y respeto).

Lamentablemente, ya existía una falta de garantías contra el déficit de implementación de los derechos sociales por parte de los gobiernos —una laguna jurídica en términos de Ferrajoli—. Se trata por cierto de una *laguna política* que el constitucionalismo contemporáneo no ha resuelto todavía,<sup>54</sup> y dramáticamente la regla del “déficit cero” corre el riesgo de representar la excusa perfecta para acabar con las políticas redistributivas, coadyuvando al logro del límite anual de gastos fijado por los organismos financieros, todo a expensas de los más débiles. De ahí el riesgo concreto de vaciar de contenido a la Constitución y al constitucionalismo:<sup>55</sup> la última palabra ya no la tiene el tribunal constitucional u otro garante de los derechos, sino la agencia de *rating*.<sup>56</sup> Se revela necesario reforzar los contrapoderes

54 *cf.* entre otros TUSHNET, M., *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton UP, capítulo 8, pp. 227 y ss.

55 ESCUDERO ALDAY, R., *op. cit.*, p. 245.

56 En el debate italiano ver por ejemplo LUCIANI, M., “L’equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità”, [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/Seminario2013\\_Luciani.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Seminario2013_Luciani.pdf), del mismo autor, “Costituzione bilancio, diritti e doveri dei cittadini”, <http://www.camera.it/temiap/allegati/2015/03/19/OCD177->

para contrastar la deriva del sistema constitucional. ¿Cuáles? El debate está abierto. Muchos piden ampliar el uso de los distintos mecanismos de democracia directa, sean referéndums o cualquier otro tipo de consulta popular. Piden, en otras palabras, mayor participación de los ciudadanos. Claro que el tema de la falta de participación política es una constante de las democracias más viejas (no sé si necesariamente más maduras). Cierto es, por otro lado, que gradualmente se ha asistido a una desafección de los ciudadanos por la política parlamentaria: disminuyen los votantes y se acrecienta la voz de los expertos. Se verifica, luego, la difusión de varios discursos populistas, que, aun fracasando en su objetivo de solicitar la participación popular, acaban fomentando el desconcierto y la frustración de muchos, soplando sobre las llamas del descontento.<sup>57</sup> Tampoco me parece tener éxito la versión tecnológica de esta perspectiva que piensa a una recomposición de las dificultades institucionales a través de la metáfora de la red.<sup>58</sup> Además la idea puede resultar engañosa porque transmite la imagen de un sistema completamente horizontal, donde los centros nodales son sólo *enlaces*, conexiones técnicas. En cambio, como demuestran banalmente las diferencias entre “los iguales”, los *links* (también en Internet) tienen diferente peso e importancia, ajustan la realidad, y solo algunos de los actores son capaces de lograr la determinación de normativas promocionando derechos que refuercen sus propios intereses.<sup>59</sup> Ni la pirámide ni la red implican que “cada uno cuente por uno”.

1158.pdf; IANNELLO, C., “Il “non governo” europeo dell’economia e la crisi dello stato sociale”, *Diritto pubblico Europeo*, Noviembre, 2015, <http://edizioniesi.it/dperonline/data/uploads/articoliiannello-dper-nov-2015.pdf>; CERRUTI, A., “I poteri pubblici alla prova della governance economico-finanziaria: bilancio e vincoli costituzionali”, <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/09/Cerruti-RomaTre.pdf>. Stefano Rodotà afirma que Keynes se ha vuelto inconsistente, <http://temi.repubblica.it/micromega-online/lo-scippodella-costituzione/?printpage=undefined>.

57 POZZOLO, S., *Derechos fundamentales y democracia directa*, ponencia presentada en “Argumenta 2017”, Lima.

58 Entre los muchas estudiosos que se ocupan del tema, me parece bien recordar aquí LOSANO, M., “Diritto turbolento: alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovranazionali”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 3, 2005, pp. 403-430.

59 ALVAREZ, J. E., “Are Corporations “Subjects” of International Law?”, *Santa Clara Journal Of International Law*, vol. 9, núm. 1, 2011, pp. 1-36 [http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM\\_PRO\\_069097.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_069097.pdf)

Tomando una postura pragmática,<sup>60</sup> creo que se debe tener cuidado con la falta de claridad del discurso de la *governance* en continuo y constante cambio, como sugiere el lenguaje de la *liquidez*,<sup>61</sup> porque tal concepción no nos ayuda. Es cierto, por lo demás, que el marco institucional va cambiando a nivel *global*: junto a los Estados se encuentran *actores supranacionales*, organismos internacionales, *actores sub-estatales*, *extra territoriales* (ONG's, las empresas multinacionales), *contra-estatales* (los pueblos en lucha por su independencia y autodeterminación y/o por su territorio).<sup>62</sup> Se trata, pues, de un mundo diferente de aquel posterior a la Paz de Westfalia y todavía no se sabe qué dirección precisa está tomando. El constitucionalismo se encuentra frente a un gran desafío y puede ser que tenga que rediseñarse a sí mismo para no perjudicar su función defensiva y de garantía. La confianza en los principios y valores del constitucionalismo regulativo puede ser una fuerza positiva o, al revés, poner en riesgo toda la estructura arquitectónica ya levantada puesto que, en mi opinión si no se refuerzan los contrapoderes para recuperar la fuerza de oposición vertical al lado de las exigencias económicas, la variabilidad interpretativa del derecho constitucionalizado puede ir también, y paradójicamente, en dirección anti o des-constitucionalista.

Este escenario muestra la necesidad de insistir en la radicación de una cultura constitucional de los derechos más difundida, que permita a las personas darse cuenta de los riesgos a los que están sometidos sus derechos y libertades, y que, al mismo tiempo, los vuelva conscientes del hecho de que estas conquistas tienen una *raíz social, colectiva*, y que están necesariamente ligadas al tipo de comunidad en la que vivimos. Los derechos no son propiedades excluyentes sino bienes para compartir.

---

60 ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 100-103. Escribe el autor explicando su pragmatismo: “[...] defender la primacía de la práctica. [...] adolece la cultura iusfilosófica [...] de una] falta de pragmatismo, de no haber logrado insertarse significativamente en las prácticas jurídicas. ¿De qué sirve producir trabajos de gran sofisticación técnica si no están enfocados —aunque sea a largo plazo y a través de las mediaciones que se quiera— a mejorar el Derecho y el mundo social?”, p. 102.

61 BAUMAN, S., *Modernidad líquida*, Argentina, Fondo de cultura económica, 2003.

62 FOCARELLI, C., “Costituzionalismo internazionale e costituzionalizzazione della global governance: alla ricerca del diritto globale”, *Politica del diritto*, núm. 2, giugno, 2011, pp. 207-237.

## 5. Biblioheerografía

### Bibliografía

ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

BACCELLI, L., *Il particolarismo dei diritti*, Carocci, Roma, 1999.

BARRIOS CHÁVEZ, L., *La constitución de los derechos fundamentales*, Barrios & Barrios, Panamá, 2015.

BAUMAN, S., *Modernidad líquida*, Argentina, Fondo de cultura económica, 2003.

CASADEI, Th., *I diritti sociali*, Firenze UP, 2012.

CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Turín, Einaudi, 2009.

\_\_\_\_\_, *Oltre lo stato*, Laterza, Roma, 2006.

CELANO, B., *I diritti dello stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2013.

COSTA, P. e D. Zolo, *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milán, 2002.

FACCHI, A., *Breve storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bologna, 2007.

FERRAJOLI, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011.

FERRER BELTRAN, J. y G.B. Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

GARZÓN VALDÉS, E., *Tolleranza, responsabilità e stato di diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003.

GREPPI, A., *La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Trotta, Madrid, 2012.

GUASTINI, R., *Interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004.

JELLINEK, G., *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, en: CARBONELL, M. y A. Posada (eds.), UNAM, México, 2000.

\_\_\_\_\_, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1895)*, traducción italiana, Giuffrè, Milano, 2002.

MCILWAIN, C.H., *Costituzionalismo antico e moderno (1947)*, Il Mulino, Bolonia, 1990.

ORLANDO, V. E., "Teoria giuridica delle guarentigie della libertà", en: BRUNIALTI, A. (ed.), *Biblioteca di scienze politiche*, vol. V, UTE, Torino, 1890.

PAINÉ, Thomas, *Los derechos del hombre*, 1792.

POZZOLO, S., "El estado constitucional de derecho como paradigma de la modernidad" en: Barrios González, B. y L. Barrios Chávez (eds.), *El constitucionalismo de los derechos*, Barrios & Barrios, Panamá, 2014.

\_\_\_\_\_, *Costituzioni, interpretazioni, disaccordi. Appunti per un diritto che cambia*, Aracne, Roma, 2012.

\_\_\_\_\_, *Derechos fundamentales y democracia directa*, ponencia presentada en "Argumenta 2017", Lima.

\_\_\_\_\_, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, 2001, Cap. I, traducción castellana Palestra, Lima, 2011.

RIBOTTA, S. y A. Rossetti (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid, 2010.

RIVA, N., "Reciprocità e politica tributaria", en ALBERTINI, F.V., L. Cominelli, V. Velluzzi (eds.), *Fisco, efficienza ed equità*, Pisa, ETS, 2015.

TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976.

TUSHNET, M., "Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights", *Comparative Constitutional Law*, Princeton UP, capítulo 8.

### **Hemerografía**

CASADEI, Th., "Diritti sociali e processo de-costituente", *Ragion pratica*, núm. 47, 2016.

CELANO, B., "I diritti nella giurisprudence anglosassone contemporanea", *Analisi e diritto*, 2001.

ESCUADERO ALDAY, R., "La imposición del «déficit cero» frente al paradigma del Estado constitucional", *Teoría política* (nueva serie), ANNALIVI, 2016.

FERRAJOLI, L., "Los derechos fundamentales", *Cuestiones constitucionales*, núm. 15, julio-diciembre, 2006.

\_\_\_\_\_, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", *DOXA*, núm. 34.

FOCARELLI, C., "Costituzionalismo internazionale e costituzionalizzazione della global governance: alla ricerca del diritto globale", *Politica del diritto*, núm. 2, giugno, 2011.

GARZÓN VALDÉS, E., "Ipocrisia, simpatia e Stato di diritto". *Claves de razón práctica*, núm. 101, 2000.

\_\_\_\_\_, "Algo más acerca del «coto vedado»", *Doxa*, núm. 6, 1989.

HABERMAS, J., "La costituzionalizzazione del diritto internazionale e i problemi di legittimazione che deve affrontare una società mondiale giuridicamente costituita", *Iride*, XXI, núm. 53, enero-abril, 2008.

KUMAR KATYAL, N., "Internal Separation of Powers: Checking Today's Most Dangerous Branch from Within", *The Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 9, 2006.

LESSIG, L., "Erie-Effects of Volume 110: An Essay on Context in Interpretive Theory", *Harvard Law Review*, vol. 110, núm. 8, junio, 1997.

LOSANO, M., "Diritto turbolento: alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 3, 2005.

POZZOLO, S., "La libertà dalla povertà come diritto fondamentale", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 2, 2004.

REGONINI, G., "Paradossi della democrazia deliberative", *Working Papers, Dipartimento di studi sociali e politici*, 23/03/2005.

RIVA, N., "L'eguaglianza delle opportunità come criterio di giustizia", *Working papers*, Centro Einaudi, núm. 4, 2009.

SUNSTEIN, C. R., "Beyond Marbury: The Executive's Power to Say What the Law Is", *The Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 9, 2006.

## Documentos publicados en internet

ALVAREZ, J. E., “Are Corporations “Subjects” of International Law?”, *Santa Clara Journal Of International Law*, vol. 9, núm. 1, 2011, [http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM\\_PRO\\_069097.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_069097.pdf)

BIFULCO, R., “La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito”, *Rivista AIC*, núm 4, 2014, <http://www.rivistaaic.it/la-c-d-costituzionalizzazione-del-diritto-internazionale-un-esamedel-dibattito.html>

CERRUTI, A., “I poteri pubblici alla prova della governance economico-finanziaria: bilancio e vincoli costituzionali”, <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/09/Cerruti-RomaTre.pdf>.

CORPORATE BIAS IN THE WORLD BANK GROUP'S INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES: “A Case Study of a Global Mining Corporation Suing El Salvador”, [http://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2015/05/el-salvador\\_informe-sobre-caso-CIADI\\_eng.pdf](http://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2015/05/el-salvador_informe-sobre-caso-CIADI_eng.pdf)

GARCÍA AMADO, J. A., “¿Qué desigualdades debe el Estado corregir?”, *Debates de filosofía política*, 1, <http://almacenederecho.org/que-desigualdades-debe-el-estado-corregir-debates-de-filosofia-politica-i/>.

\_\_\_\_\_, “Justicia distributiva y Estado social. ¿Debe ser el Estado social un Estado igualitario?”, <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Igualdad.%20Justicia%20distributiva%20y%20Estado%20social.%20Ponencia%20Alicante.pdf>

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Instituciones suicidas”, *Isegoria*, núm. 9, 1994, <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/284>

GUNNARSSON, A. y M. Eriksson, "Discussion Paper on Tax Policy and Tax Principles in Sweden, 1902-2016", *Forum for Studies on Law and Society*, Umeå University, <https://umu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1064945/FULLTEXT01.pdf>

GUNNARSSON, A., K. Brooks y L. Philipps, M. Wersig, "Challenging Gender Inequality in Tax Policy Making", <http://userpage.fu-berlin.de/~mwersig/Proposal%20Gunnarsson%20et%20al%20Summary.pdf>

IANNELLO, C., "Il "non governo" europeo dell'economia e la crisi dello stato sociale", *Diritto pubblico Europeo*, Noviembre, 2015, <http://edizionesi.it/dperonline/data/uploads/articoliliannellodper-nov-2015.pdf>

ISDEMOCRACY THREATENED IF COMPANIES CAN SUE COUNTRIES?, <http://www.bbc.com/news/business-32116587>

LUCIANI, M., "Costituzione bilancio, diritti e doveri dei cittadini", <http://www.camera.it/temiap/allegati/2015/03/19/OCD177-1158.pdf>

\_\_\_\_\_, "L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità", [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/Seminario2013\\_Luciani.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Seminario2013_Luciani.pdf)

PACE, A., "Libertà e diritti di libertà, in Studi in onore di Pierfrancesco Grossi", [http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/libertadiritti/Liberta%20e%20diritti%20di%20libera'\\_Pace.pdf](http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/libertadiritti/Liberta%20e%20diritti%20di%20libera'_Pace.pdf)

PROFITING FROM CRISIS, [http://corporateeurope.org/sites/default/files/profitting-crisis-ex\\_sum-en.pdf](http://corporateeurope.org/sites/default/files/profitting-crisis-ex_sum-en.pdf)

THE OBSCURE LEGAL SYSTEM THAT LETS CORPORATIONS SUE COUNTRIES, <https://www.theguardian.com/business/2015/jun/10/obscure-legal-system-lets-corporations-sue-states-ttip-icsid>