

D

O

X

A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

<http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa>

	<u>Pág.</u>
Manuel Atienza: Presentación <i>Presentation</i>	13
Luigi Ferrajoli: Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista <i>Principle-constitutionalism and Guarantee-constitutionalism</i>	15
Josep Aguiló Regla: El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli <i>Luigi Ferrajoli's Impossible Constitutionalism</i>	55
Manuel Atienza: Dos versiones del constitucionalismo <i>Two Versions of Constitutionalism</i>	73
Mauro Barberis: Ferrajoli, o el neoconstitucionalismo no tomado en serio <i>Ferrajoli, or Neo-constitutionalism Not Taken Seriously</i>	89
Paolo Comanducci: «Constitucionalismo»: problemas de definición y tipología <i>«Constitutionalism»: Problems of Definition and Typology</i>	95
Pierluigi Chiassoni: Un baluarte de la modernidad. Notas defensivas sobre el constitucionalismo garantista <i>A Bastion of Modernism. Some Notes in Defense of Guarantee-constitutionalism.</i>	101
Alfonso García Figueroa: Neoconstitucionalismo: Dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli <i>Neo-constitutionalism: Two (or Three) Dogs for Just One Collar. Notes on Luigi Ferrajoli's Legal-Positivist Constitutionalism</i>	121

	Pág.
Andrea Greppi: Semántica, pragmática y democracia <i>Semantics, Pragmatics and Democracy</i>	139
Liborio L. Hierro: Sobre la odisea constitucionalista de Luigi Ferrajoli <i>On the Constitutionalist Odyssey of Luigi Ferrajoli's</i>	153
Francisco Laporta: Sobre Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo <i>On Luigi Ferrajoli and Constitutionalism</i>	167
José Juan Moreso: Antígona como defensor. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli <i>Antigone as Defeater. On Luigi Ferrajoli's Guarantee-constitutionalism</i>	183
Giorgio Pino: Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos <i>Principles, Balancing, and the Separation between Law and Morals</i> <i>On neo-constitutionalism and its critics</i>	201
Luis Prieto Sanchís: Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias <i>Ferrajoli and Principle-constitutionalism. An Essay Interpreting Some Disagreements</i>	229
María Cristina Redondo: El paradigma constitucionalista de la autoridad jurídica <i>The Constitutionalist Paradigm of Legal Authority</i>	245
Ángeles Ródenas: Validez material y constitucionalismo garantista <i>Substantive Validity and Guarantee-constitutionalism</i>	265
Alfonso Ruiz Miguel: Las cuentas que no cuadran en el constitucionalismo de Ferrajoli <i>The Unsquared Accounts in Ferrajoli's Constitutionalism</i>	275
Pedro Salazar Ugarte: Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción <i>Guaranteeism and Neo-constitutionalism Face to Face: Some Proposals to Avoid Recurrent Misunderstandings</i>	289

Luigi Ferrajoli:

***El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo
y neo-iusnaturalismo***

Guarantee-constitutionalism. Between Paleo-positivism and Neo-Natural Law

Theory 311

Luigi Ferrajoli y Juan Ruiz Manero:

Un diálogo sobre principios constitucionales

A Dialog on Constitutional Principles 363

PRESENTACIÓN

UN DEBATE SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO. A PROPÓSITO DE UN ESCRITO DE LUIGI FERRAJOLI

Manuel Atienza

Este número 34 de la Revista tiene una estructura distinta a la de todos los anteriores, porque está dedicado a un solo tema, el del constitucionalismo. Se trata, sin duda, de uno de los problemas más discutidos en los últimos tiempos (al menos, entre los filósofos del Derecho del mundo latino) y eso explica, en cierto modo, que en *Doxa* —que no es la primera vez que se ocupa del tema— lo presentemos bajo la forma de un debate en el que, como se verá, hasta el nombre —«constitucionalismo»— resulta polémico. El número, en efecto, se inicia con un escrito de FERRAJOLI, al que siguen 16 comentarios por parte de iusfilósofos de distintas orientaciones (pero todas o casi todas cabrían bajo el rótulo de «iusfilosofía analítica»), una contestación a los mismos por parte de FERRAJOLI y una entrevista que a este último le hace Juan RUIZ MANERO.

En *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, Luigi FERRAJOLI contrapone dos tipos de «constitucionalismo jurídico», entendida esta expresión (esta ambigua expresión) en el sentido de una teoría o filosofía del Derecho. El primero, el principialista o argumentativo, sería, en su opinión, al menos «tendencialmente», iusnaturalista y se caracterizaría por sostener la tesis de la conexión (intrínseca o necesaria) entre el Derecho y la moral; por la contraposición fuerte entre principios y reglas; y por atribuir un papel central a la ponderación en el ejercicio de la jurisdicción. Mientras que el constitucionalismo que él defiende, el normativo o garantista, niega esas tres tesis y, a diferencia del primero, sería una concepción positivista del Derecho; mejor aún, según FERRAJOLI, su concepción del Derecho —cuya completa exposición se encuentra en su monumental *Principia juris*— supone algo así como la culminación o el perfeccionamiento del positivismo jurídico. FERRAJOLI considera, por otro lado, que la primera de esas dos concepciones (comúnmente denominada «neoconstitucionalista») es la más difundida, y de ahí su empeño por poner de manifiesto sus debilidades teóricas y sus peligros prácticos. Por positivismo jurídico, por otro lado, entiende «una concepción y/o un modelo de Derecho que reconozcan como Derecho a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia».

Quienes comentan el trabajo de FERRAJOLI se centran, como es lógico, en la manera cómo el autor de *Principia iuris* entiende esos tres grandes problemas de la teoría

del Derecho contemporánea; repitámoslos una vez más: la relación entre el Derecho y la moral, la contraposición entre principios y reglas, y la ponderación. Algunos de esos autores suscriben una concepción próxima a la de FERRAJOLI y efectúan ciertas críticas a su planteamiento que, por tanto, vienen a ser críticas «internas» en relación con el constitucionalismo o positivismo garantista. Pero la mayoría de los comentarios contienen críticas «externas» que tienden a situarse (con diversos grados de aproximación) en torno a dos polos, a los dos extremos, en relación con los cuales la teoría de FERRAJOLI podría considerarse como el centro: el positivismo jurídico, digamos, clásico, calificado por FERRAJOLI como «paleopositivismo»; y el postpositivismo, al que el iusfilósofo italiano presenta más bien como una forma de iusnaturalismo.

En la contestación final a los críticos (titulada, de manera muy expresiva, *El constitucionalismo garantista entre el paleo-positivismo y el neo-iusnaturalismo*), FERRAJOLI no modifica ninguna de sus tesis teóricas, pero quizás sí que sea posible encontrar en ese texto un cambio de actitud, en cuanto su autor parece reconocer que, al menos en relación con algunos de sus críticos, las diferencias teóricas podrían ser menos radicales de lo que pudiera parecer a primera vista y que, en todo caso, esas diferencias (en realidad, teóricas y metateóricas, pues muchas de ellas conciernen a la forma de entender la teoría del Derecho) son compatibles con un considerable grado de acuerdo en el plano político. Dicho de otra manera, no descarta que todos (o muchos) de los que participan en la polémica quieran lo mismo (o aproximadamente lo mismo: un Derecho comprometido con los valores del Estado de Derecho o, si se quiere, un liberalismo político con más o menos tintes sociales) y que la diferencia estribe más bien en la determinación de cuáles serían las herramientas teóricas y conceptuales más adecuadas para lograrlo.

La entrevista final (que es un fragmento de un texto notablemente más amplio que aparecerá próximamente en Trotta) ayudará sin duda al lector a hacerse una idea más cabal de los planteamientos de FERRAJOLI y puede arrojar también alguna luz sobre diversas cuestiones que aparecen en el debate. Y, en fin, aunque quienes participen en la polémica sean casi sin excepción filósofos del Derecho, los responsables de *Doxa* pensamos que se trata de una discusión que ha de interesar a un público amplio de juristas.

CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA Y CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA*

Luigi Ferrajoli

Universidad de Roma III

RESUMEN. En este artículo, el autor presenta las diferencias más relevantes entre el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo garantista. En primer lugar, afirma que el constitucionalismo puede ser concebido de dos formas opuestas: como una superación del positivismo jurídico en sentido tendencialmente iusnaturalista o como su expansión o perfeccionamiento, realizando para llevar a cabo esta labor una revisión terminológica. En segundo lugar, el autor considera que si las constituciones incorporan principios de justicia de carácter ético-político desaparece el principal rasgo distintivo del positivismo jurídico: la separación entre Derecho y moral o entre validez y justicia. A continuación, considera al constitucionalismo garantista como un iuspositivismo reforzado, completando al Estado de Derecho porque comporta el sometimiento al Derecho y al control de constitucionalidad. En cuarto lugar, el autor afirma que la tesis de que todo ordenamiento jurídico satisface objetivamente algún «mínimo ético» no es más que la vieja tesis iusnaturalista, que termina por convertirse en la actual versión del legalismo ético que es el constitucionalismo ético, en virtud del cual los principios constitucionales se pretenden objetivamente justos. En quinto lugar, el autor realiza una crítica a la contraposición entre principios y reglas, en los que se basa una concepción de la constitución y del constitucionalismo opuesta a la concepción positivista y garantista. En sexto lugar, el autor afirma que la idea de que los principios constitucionales son siempre objeto de ponderación y no de aplicación genera un peligro para la independencia de la jurisdicción y para su legitimación política. Finalmente, el autor considera que el constitucionalismo conlleva un debilitamiento y virtualmente un colapso de la normatividad de los principios constitucionales, así como una degradación de los derechos fundamentales establecidos en ellas a meras recomendaciones genéricas de carácter ético-político.

Palabras clave: FERRAJOLI, neoconstitucionalismo, garantismo, ponderación.

ABSTRACT. In this paper, the author introduces and elaborates on the most relevant differences between neoconstitutionalism and a version of constitutionalism that is essentially defined in terms of garantism. Firstly, he argues that constitutionalism can be conceived in two opposite ways: as a way to overcome legal positivism, thus with a certain tendency towards iusnaturalism, or as the expansion or improvement of the former; for these purposes he commits himself to a revision of the standard terminology. Secondly, the author maintains that were the constitution to embody principles of justice of an ethical-political nature, then it will disappear the main distinctive feature of legal positivism: the separation between Law and morality or the separation between validity and justice. He considers that essentially garantist constitutionalism is a strengthened version of legal positivism: it completes a rule of Law system since it implies both submission to the Law and judicial review. Fourth, the author maintains that the argument that any legal system objectively meets some «ethical minimum» is nothing more than the old iusnaturalist claim. Ethical constitutionalism, for which constitutional principles are intended to be objectively fair, is thus the current version of ethical legalism. Fifth, the author objects to the distinction between principles and rules that underlies a conception of the constitution and of constitutionalism opposite to the positivist and garantist one. Sixth, the author claims that constitutional principles' being always weighted and not only applied threatens the independence of the jurisdiction and its political legitimacy.

* Fecha de recepción: 2 de noviembre de 2010. Fecha de aceptación 29 de noviembre de 2010.

And, finally, the author stresses that constitutionalism somehow implies both the undermining and virtual collapse of the normativity of the constitutional principles as well as the devaluation of fundamental rights to merely generic ethical-political recommendations.

Keywords: FERRAJOLI, neoconstitutionalism, garantismo, weighing.

1. EL CONSTITUCIONALISMO ENTRE IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. UNA PROPUESTA DE REVISIÓN TERMINOLÓGICA

Existen diversas concepciones de la constitución y del constitucionalismo jurídico. Un rasgo común a todas ellas puede encontrarse en la idea de la subordinación de los poderes públicos —incluido el legislativo— a una serie de normas superiores, que son las que en las actuales constituciones establecen derechos fundamentales. En este sentido, el constitucionalismo, como *sistema jurídico*, equivale a un conjunto de límites y vínculos, no sólo formales sino también sustanciales, rigidamente impuestos a todas las fuentes normativas por normas supra-ordenadas; y, como *teoría del Derecho*, a una concepción de la validez de las leyes ligada ya no sólo a la conformidad de sus formas de producción con las normas procedimentales sobre su formación, sino también a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia constitucionalmente establecidos.

Por otro lado, más allá de este tratamiento común, el constitucionalismo puede ser concebido de dos maneras opuestas: como una superación del positivismo jurídico en sentido tendencialmente iusnaturalista, o bien como su expansión o perfeccionamiento. La primera concepción, etiquetada comúnmente de «neoconstitucionalista», es, con toda seguridad, la más difundida. La finalidad de esta intervención es sostener, por el contrario, una concepción del constitucionalismo estrictamente «iuspositivista»¹, entendiendo por «positivismo jurídico» una concepción y/o un modelo de Derecho que reconozcan como «derecho» a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia².

¹ Luis PRIETO SANCHÍS ha señalado las diferencias más relevantes entre estas dos concepciones del constitucionalismo en «La teoría del derecho de Principia Iuris», en G. MARCILLA CÓRDOBA (ed.), *Constitucionalismo y garantismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, 15-42, y en *Id.*, «Principia iuris: una teoría del derecho no neo-constitucionalista para el Estado constitucional», en T. MAZZARESE (ed.), *Derecho y democracia constitucional. Una discusión sobre Principia iuris de Luigi Ferrajoli*, en *Doxa*, núm. 31, 2008, 325-353. A estas intervenciones de PRIETO —como así también a la invitación de Luis STRECK a desarrollar una intervención sobre el constitucionalismo en el Congreso brasileño de Derecho constitucional, llevado a cabo en Curitiba los días 20-22 de mayo de 2010— debo el estímulo para escribir este ensayo. Agradezco a Tecla MAZZARESE sus penetrantes críticas y sus valiosos consejos, algunos de los cuales me indujeron a realizar relevantes precisiones, mientras que otros quedaron al margen porque son expresión de verdaderos disensos.

² Así, H. KELSEN, *General Theory of Law and State* (1945), tr. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Edizioni di Comunità, 1959, parte primera, X, B, a, 115 (trad. cast. de E. GARCÍA MÁYNEZ, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1949): la «positividad» del Derecho «reside en el hecho de que es creado y anulado por actos de seres humanos»; *Id.*, *Reine Rechtslehre* (1960), tr. it. de M. G. LOSANO, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, cap. V, § 34, i, 247 (trad. cast. de R. J. VERNENGO, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979): «No se puede negar la validez de un ordenamiento jurídico positivo a causa del contenido de sus normas. Éste es un elemento esencial del positivismo jurídico»; H. L. A. HART,

Antes, sin embargo, me parece oportuno proponer una revisión terminológica. En los dos sentidos que acabo de distinguir, el constitucionalismo «jurídico» o, si se prefiere, el «ius-constitucionalismo», designa un sistema jurídico y/o una teoría del Derecho, ambos ligados a la experiencia histórica del constitucionalismo del siglo XX, tal como se afirmó con las constituciones rígidas de la segunda posguerra. Algo completamente distinto es el constitucionalismo «político» —moderno pero también antiguo— como práctica y como concepción de los poderes públicos dirigida a su limitación, en garantía de determinados ámbitos de libertad³: en este sentido, tanto los límites a los pode-

The Concept of Law (1961), tr. it. de M. A. CATTANEO, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965, cap. IX, § 1, 217 (trad. cast. de G. R. CARRIÓ, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968): «Entenderemos por positivismo jurídico la simple tesis según la cual no es en ningún sentido una verdad necesaria que las leyes reproduzcan y satisfagan ciertas exigencias de la moral, aunque en la realidad hayan hecho esto»; *Id.*, *Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958), tr. it., *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale* (1958), en *Contributi all'analisi del diritto*, ed. de V. Frosini, Milano, Giuffrè, 1964, § 2, 119-120, nota, donde el segundo de los cinco posibles significados de positivismo se descubre como la «afirmación de que no existe conexión necesaria entre Derecho y moral». Recuérdese también la máxima hobbesiana, citada *infra* en la nota 37, «*authoritas non veritas*» —que equivale a decir la forma de producción y no el contenido producido— «*facit legem*», en oposición a la máxima iusnaturalista «*veritas, non authoritas facit legem*». En cambio, la noción aquí formulada corresponde sólo en parte al primero y al segundo significado, y no corresponde en absoluto al tercer significado de «positivismo jurídico», de los que distingue N. BOBBIO en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, cap. V, 103-114. Precisamente: a) corresponde sólo en parte a la noción del positivismo como «aproximación al estudio del Derecho», con la cual tiene en común la tesis de que el jurista debe ocuparse sólo del «Derecho tal como es», y no del «Derecho tal como debe ser» moral o políticamente, pero se aleja de ella porque requiere también el estudio del «Derecho tal como debe ser» jurídicamente, que, en los actuales ordenamientos dotados de constituciones rígidas, forma parte del «Derecho tal cual es»; b) no corresponde enteramente a la noción del «positivismo jurídico» como «teoría», que describe el «Derecho como hecho», es decir, como el conjunto de las reglas «puestas directa o indirectamente por órganos del Estado», de la que se aleja, al no poderse admitir hoy, con el fin del monopolio estatal de la producción jurídica, su «común identificación [...] con la teoría estatista del Derecho»; c) finalmente, no corresponde en absoluto al tercer significado atribuido por BOBBIO, el del positivismo como «ideología», según el cual el Derecho existente, sólo por esto, es también «justo»: concepción que, en realidad, no es en absoluto iuspositivista, está en contraste con las dos primeras y no ha sido sostenida nunca sino que, por el contrario, ha sido firmemente rechazada por todos los clásicos del positivismo jurídico: desde BENTHAM hasta AUSTIN, KELSEN, HART y el mismo BOBBIO.

³ Es el sentido de, por ejemplo, Maurizio FIORAVANTI, quien identifica el constitucionalismo con un «movimiento de pensamiento» que «se afirma en el contexto del proceso de formación del estado moderno» y, al mismo tiempo, con «la segunda cara», el «segundo lado del Estado moderno europeo», junto con la «concentración del poder de *imperium* sobre el territorio» [M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 5, 90, 149; *vid.* también *Id.*, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999 (trad. cast. de M. MARTÍNEZ NEIRA, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001)]. Análoga es la caracterización del constitucionalismo ofrecida por G. REBUFFA, *Costituzioni e costituzionalismi*, Torino, Giappichelli, 1990, y la ofrecida por M. TROPER, «Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVIII, 1, 1988, 61-62, y retomada por T. MAZZARESE, «Diritti fondamentali e neocostituzionalismo», en *Id.* (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovranazionale) dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, 11. Todavía más difundida es la noción de constitucionalismo propuesta por Mario Dogliani, quien subraya la continuidad del constitucionalismo moderno con «un conjunto de institutos [...] diseminados en el curso de los siglos en experiencias políticas muy diversas», tanto que es legítimo «ligar al constitucionalismo antiguo con el moderno, como diversas formas históricas [...] de una tradición milenaria que nunca cesó de reelaborar y experimentar su núcleo normativo» (M. DOGLIANI, «I diritti fondamentali», en M. FIORAVANTI (ed.), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 42). Véase también, de M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994, donde se analizan los diversos significados de «constitución» y se reconstruyen las raíces antiguas y los itinerarios históricos del «constitucionalismo» político. Dicho brevemente, se trata, del «constitucionalismo» como conjunto de principios políticos que se remontan al pensamiento griego y a la experiencia romana, afirmados luego en el medioevo y, en particular, en el Derecho inglés: recuérdese el clásico ensayo sobre aquéllos de C. H. MCILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947), tr. it., *Costituzionalismo antico*

res como las garantías de las libertades, son límites y garantías reivindicados y acaso realizados como límites y garantías *políticas externas* a los sistemas jurídicos, y no, ciertamente, como límites y garantías *jurídicas internas* de los mismos. Sin embargo, es en oposición a esta noción política de constitucionalismo como se ha venido afirmando, en el léxico y en el debate filosófico-jurídico, la expresión «neoconstitucionalismo», referida a la experiencia jurídica de las actuales democracias constitucionales.

Por lo mismo, creo que la terminología corriente resulta, en varios aspectos, equívoca y engañosa. En primer lugar, lo es la expresión «constitucionalismo», cuyo empleo para designar una ideología, aun cuando realizada de hecho en ordenamientos dotados de sólidas tradiciones liberal-democráticas, hace de ella un término del léxico político antes que del léxico jurídico, y no permite evidenciar el cambio de paradigma producido en la estructura del derecho positivo con la introducción de la rigidez constitucional. Pero lo es todavía más la expresión «neo-constitucionalismo», puesto que, al referirse, en cambio —en el plano empírico— al constitucionalismo jurídico de los ordenamientos dotados de constituciones rígidas, resulta asimétrica respecto del constitucionalismo político e ideológico antes aludido, que no designa ni un sistema jurídico ni una teoría del Derecho, sino que es poco más que un sinónimo de Estado liberal de Derecho. Adicionalmente, dado que, en el plano teórico, la expresión «neo-constitucionalismo» se identifica, generalmente, con la concepción iusnaturalista del constitucionalismo, no capta sus rasgos esenciales y que lo distinguen de su concepción iuspositivista, la cual resulta, de hecho, ignorada⁴. Por último, también es equívo-

e moderno, con introducción de Nicola Matteucci, Bologna, Il Mulino, 1990 (trad. cast. de J. J. SOLOZÁBAL, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991).

⁴ El término «neoconstitucionalismo» —como recuerda Tecla MAZZARESE, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo*, cit., 2, nota 2— ha sido introducido en el léxico filosófico-jurídico por algunos filósofos del Derecho genoveses: S. POZZOLO, «Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional», en *Doxa*, 21, 1998, 355-370; *Id.*, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001; P. COMANDUCCI, «Il positivismo giuridico: un tentativo di bilancio», en *Studi in onore di Franca De Marini*, Milano, Giuffrè, 1999, 123-124; M. BARBERIS, «Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale», en *Ragion pratica*, 8, 2000, 147-162; *Id.*, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica* (2003), 2.^a ed., Torino, Giappichelli, 2005, § 1.5, 27-41. Es fruto de una doble —y, a mi parecer, doblemente discutible— operación terminológica, que ilustran los trabajos antes citados y, más ampliamente, P. COMANDUCCI, «Forme di neocostituzionalismo: una ricognizione metateorica», en T. MAZZARESE (ed.), *Neocostituzionalismo*, cit., 71-94. La primera operación es la identificación del «constitucionalismo moderno» como una «ideología orientada a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales» que «tiene como trasfondo habitual, aunque no necesario, el iusnaturalismo» (P. COMANDUCCI, *Forme*, cit., 78): en suma, con el constitucionalismo político en el sentido ilustrado en la nota que precede. En este sentido, sin embargo, el constitucionalismo no es ni un modelo de Derecho ni un enfoque teórico distinto del positivismo jurídico. Por lo demás, la referencia empírica que señala COMANDUCCI (*ibid.*, 71-77) está en las constituciones europeas de los siglos XVIII y XIX y, en particular, en las italianas pre-unitarias y en el Estatuto albertino de 1848, que eran constituciones flexibles sin diferencia alguna formal con las leyes ordinarias, que por ello no alteraron el paradigma del Estado legislativo de Derecho ni mucho menos la teoría iuspositivista del Derecho asociada al mismo. La segunda operación consiste en designar con «neoconstitucionalismo» todas —y únicamente— las concepciones de la constitución y del constitucionalismo que se expresan en las formas del neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico, según la distinción propuesta por BOBBIO para el positivismo jurídico, y abarcadas, aun cuando empíricamente referidas a las actuales constituciones rígidas, por la tesis de la «conexión necesaria entre Derecho y moral» (*ibid.*, 78-94). Identificado así el «constitucionalismo» con la ideología política liberal y el «neoconstitucionalismo» con la tesis anti-iuspositivista de la conexión entre Derecho y moral —en el plano teórico «concurrente con la positivista» o «alternativa» a ella (*ibid.*, 79)— el constitucionalismo iuspositivista no tiene espacio en esta clasificación, claramente mucho menos descriptiva por ser el fruto de la superposición del viejo enfrentamiento entre (neo)iusnaturalistas y (paleo)iuspositivistas a la reflexión sobre el constitucionalismo. Bien diversa ha sido la caracterización (no del «neoconstitucionalismo» sino simplemente) del «constitucio-

ca la expresión «positivismo jurídico», en el significado asociado a ella para subrayar su contraposición al (neo)constitucionalismo. En efecto, pues mientras se adopta una noción ampliada del constitucionalismo, del positivismo, por el contrario, se propone una noción restringida, a través de su identificación —antes que con la idea de la positividad del Derecho— con la idea de la primacía de la ley estatal y de los parlamentos y, por lo mismo, con el modelo paleo-positivista del Estado legislativo de Derecho⁵. De este modo, el (neo)constitucionalismo resulta concebido, antes que como un nuevo y más desarrollado paradigma iuspositivista, como una superación del propio positivismo, en sentido antipositivista.

Tal es la razón por la que creo oportuno adoptar y proponer una terminología diversa y una tipología correlativa, que hagan uso de términos homogéneos, referidos todos a la experiencia jurídica. Así, será conveniente utilizar la expresión «ius-constitucionalismo» o «constitucionalismo jurídico», o mejor aún «Estado constitucional de derecho» o simplemente «constitucionalismo», para designar —en oposición al «Estado legal» o «Estado legislativo de Derecho», privado de constitución o dotado de constitución flexible— al constitucionalismo rígido de las actuales democracias constitucionales, cualquiera sea su concepción filosófica y metodológica. En este sentido, el rasgo distintivo del constitucionalismo será la existencia *positiva* de una *lex superior* a la legislación ordinaria, con independencia de las diversas técnicas adoptadas para garantizar su superioridad: ya sea la estadounidense y, más en general, americana, del *control difuso*, a través de la no aplicación de las leyes constitucionalmente inválidas, debida a la estructura federal de los Estados Unidos⁶, o bien la europea del *control concentrado*, a través de su anulación, generada, en cambio, en el siglo pasado por el «nunca más» formulado frente a la experiencia de los totalitarismos fascistas.

Luego, podremos llamar *constitucionalismo iusnaturalista* y *constitucionalismo iuspositivista* a las dos concepciones del actual constitucionalismo jurídico, antes con-

nalismo» propuesta por Luis PRIETO SANCHÍS en *Constitucionalismo y garantismo*, México, Fontamara, 1997. También PRIETO había distinguido, paralelamente a la distinción bobbiana de los tres tipos de iuspositivismo, entre constitucionalismo «ideológico», «teórico» y «metodológico», pronunciándose, en el cap. V, § 2, «en favor de una teoría del Derecho y de un constitucionalismo positivista». Una lectura en términos iuspositivistas del (neo)constitucionalismo fue ofrecida también por T. MAZZARESE, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo*, cit., § 1.4, 14-22; *Id.*, «Towards a Positivist Reading of Neo-constitutionalism», en *Associations. Journal of Legal and Social Theory*, 6 (2), 2002, 233-260; *Id.*, «Juspositivismo y globalización del derecho. Qué modelo teórico», en J. I. MORESO y M. C. REDONDO (eds.), *Un dialogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid, Marcial Pons, 2007, 61-71; E. BULYGIN, *Tecla Mazzarese sobre el positivismo y la globalización del Derecho*, *ibid.*, 185-186; V. GIORDANO, *Il positivismo e la sfida dei principi*, Napoli, Esi, 2004, 20-22. No obstante ello, la expresión «neo-constitucionalismo», en la acepción sustancialmente iusnaturalista más arriba ilustrada y pasivamente aceptada también por quienes defienden una lectura iuspositivista del constitucionalismo, entró en el uso corriente, hasta el punto de generar una abundante literatura que ha crecido sobre sí misma, e incluso llegó a dar el título a una serie de importantes volúmenes: además de T. MAZZARESE (ed.), *Neocostituzionalismo*, cit., M. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit.; *Id.* (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007; R. QUARESMA, M. L. DE PAULA OLIVEIRA y F. MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA (eds.), *Neoconstituzionalismo*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009.

⁵ Cfr., por ejemplo, M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, cit., 90-104; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, cap. II, § 6, 38 (trad. cast. de M. GASCÓN ABELLÁN, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995).

⁶ A. BARBERA, «Le basi filosofiche del costituzionalismo», en *Id.* (ed.), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 1997, 11, que recuerda que fue la inmodificabilidad del pacto federal por parte del Congreso la verdadera razón por la que, en el famoso caso *Marbury vs. Madison* de 1803, el juez Marshall decidió la primera inaplicación de una ley en contraste con la Constitución.

trapuestras. Sin embargo, quienes sostienen una concepción anti-iuspositivista del constitucionalismo no siempre se consideran iusnaturalistas. Se declaran, más bien, no-positivistas o post-positivistas. En cambio, lo que tienen todos en común es que conciben gran parte de las normas constitucionales y, en particular, de los derechos fundamentales, como principios ético-políticos; y que adoptan una distinción cualitativa y estructuralmente fuerte de principios y reglas, los primeros objeto de argumentación y ponderación, las segundas objeto de aplicación en la forma de la subsunción. De otra parte, este segundo elemento, aun cuando, de hecho, es sostenido sobre todo por los iusnaturalistas⁷, no está conceptualmente conectado al iusnaturalismo, pudiendo muy bien ser aceptado por los iuspositivistas⁸.

Por ello, junto a la distinción entre constitucionalismo iusnaturalista (o no positivista) y constitucionalismo iuspositivista, será necesario formular y discutir una segunda y más importante distinción, coincidente sólo en parte con la primera, entre el que llamaré *constitucionalismo argumentativo o principialista* y el que cabe denominar *constitucionalismo normativo o garantista*⁹. La primera orientación está caracterizada

⁷ *Vid.*, *infra*, la nota 50, en la que se recuerdan los autores, todos iusnaturalistas, que sostienen una distinción cualitativa entre principios y reglas y los autores, preferentemente iuspositivistas, que sostienen, en cambio, una distinción sólo cuantitativa o de grado.

⁸ Debo esta precisión a Tecla MAZZARESE. Ésta, por lo demás, aun siendo partidaria de una lectura iuspositivista del (neo)constitucionalismo, sostiene la intrínseca indeterminación de los derechos fundamentales, semejante a la generalmente asociada a los principios en oposición a las reglas: cfr. T. MAZZARESE, *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo*, cit., § 3.1, en particular 38-39; *Id.*, «Razonamiento judicial y derechos fundamentales. Observaciones lógicas y epistemológicas», en *Doxa*, 26, 2003, 687-716, y, más ampliamente, *Id.*, «Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione “politicamente scorretta”», en imprenta en *Ragion pratica*, núm. 35, 2010, § 5. En este último ensayo pone de relieve una «triple fuente de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales [...] que, justamente en razón de la íntima connotación axiológica de los derechos fundamentales, parece ser ineludible (§ 5.2): indeterminación en sus “criterios de individualización”, en sus “criterios de interpretación” y en sus criterios de solución de sus posibles conflictos. En esta “intrínseca connotación axiológica” que “la noción de derechos fundamentales [...] tiene y no puede no tener”» (*ibid.*, § 5) —que, en cambio, queda excluida de mi noción formal y avalorativa tanto de éste como de cualquier otro concepto de la teoría del Derecho [*Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (2001), 3.ª ed., Roma-Bari, Laterza, 2008, 5 ss. (ed. cast. de A. DE CABO y G. PISARELLO, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001); *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia. I. Teoría del diritto e II. Teoría della democrazia* (en adelante, *PiI* y *PiII*), Roma-Bari, Laterza, 2007, Introduzione y § 11.1, 725-726] (trad. cast. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, J. C. BAYÓN, M. GASCÓN ABELLÁN, L. PRIETO SANCHÍS y A. RUIZ MIGUEL, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. I Teoría del derecho y II Teoría de la democracia*, Madrid, Trotta, 2001)— reside mi principal disenso con MAZZARESE, que se refleja también en la diversa concepción de los principios que enuncian derechos fundamentales.

⁹ Extraigo las expresiones «principialismo» y «principialista» de L. PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, 65, y sobre todo de A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, § 1.2.4, 69, donde se denomina «principialismo» al «no positivismo» que concibe «las normas constitucionales referidas a derechos» como «principios considerados instrumentos idóneos para la vinculación del derecho a la moral, particularmente a través de la argumentación»; *Id.*, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, *passim*. Expresiones análogas, pero en sentido crítico, son usadas por L. L. STRECK, *Verdade e Consenso. Constitucio, Hermeneutica e Teorias discursivas. Da possibilidade a necessidade de respostas corretas em direito*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, que dedica un largo párrafo (§ 13.5, 475 ss.) a la crítica del «panprincipiologismo em Terrae brasiliis», es decir, a la crítica de la tendencia de la jurisprudencia brasilera (sobre la cual véase *infra* la nota 73) a elaborar principios no formulados en la constitución, sino fruto únicamente de argumentaciones morales. La expresión «constitucionalismo garantista» para designar la «teoría jurídica de los límites del poder político» es usada, en cambio, por A. PACE, «Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo», en *Diritto pubblico*, 2003, núm. 3, 900.

por la configuración de los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a la subsunción sino, más bien, a la ponderación legislativa y judicial. La segunda orientación se caracteriza, en cambio, por una normatividad fuerte, de tipo regulativo, es decir, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías. En esta segunda caracterización, el constitucionalismo será definible como un sistema jurídico y/o una teoría del Derecho que establecen —en garantía de lo que viene estipulado constitucionalmente como vinculante e inderogable— la sujeción (también) de la legislación a normas sobre la producción no sólo formales, esto es, relativas a la forma (al «quién» y al «cómo»), sino también sustanciales, es decir, relativas a los contenidos de las normas producidas (al «qué» no se debe o se debe decidir), cuya violación genera antinomias por acción o lagunas por omisión.

En las páginas que siguen, ilustraré, en primer término, los rasgos que aun con diversos acentos, tienen en común las concepciones de los principales exponentes del constitucionalismo no iuspositivista y/o principialista. En primer lugar, la crítica que la mayor parte de ellos dirige al positivismo jurídico, a partir de la tesis de la conexión entre Derecho y moral, generada por la formulación de principios morales en las constituciones; en segundo lugar, la contraposición entre principios y reglas, como normas estructural y cualitativamente diversas; en tercer lugar, el rol central asignado a la ponderación de los principios en la actividad jurisdiccional (§ 2). Luego, indicaré los rasgos opuestos del constitucionalismo iuspositivista y garantista que, a mi parecer, hacen del constitucionalismo un nuevo paradigma de Derecho positivo y la base empírica de una nueva teoría del Derecho y de la democracia (§ 3). Finalmente, sobre esta base, dirigiré tres órdenes de críticas —en el plano filosófico-jurídico (§ 4), en el plano teórico conceptual (§ 5) y en el plano epistemológico (§ 6)— a las tesis del constitucionalismo principialista, poniendo en evidencia los peligros de una regresión premoderna del Derecho y de la cultura jurídica, generados por sus implicaciones pragmáticas (§ 7).

2. EL CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA Y/O NO POSITIVISTA

La tesis de que el constitucionalismo, con su pretensión de someter a las leyes a normas superiores estipuladas como inderogables, expresa una instancia clásica del iusnaturalismo, es una idea que resurge, sostenida desde que la expresión «constitucionalismo» pasó del léxico filosófico-político al léxico filosófico-jurídico¹⁰. Según esta tesis, el constitucionalismo equivaldría a una superación o, directamente, a una negación del positivismo jurídico, que ya no resultaría idóneo para dar cuenta de la nueva naturaleza de las actuales democracias constitucionales. Al haber incorporado las constituciones principios de justicia de carácter ético-político, como la igualdad, la dignidad de las personas y los derechos fundamentales, habría desaparecido el prin-

¹⁰ N. MATTEUCCI, «Positivismo giuridico e costituzionalismo», en *Rivista trimestrale di procedura civile*, XVII, 3, 1963, 1046.

cial rasgo distintivo del positivismo jurídico: la separación entre Derecho y moral, o entre validez y justicia. La moral, que en el viejo paradigma iuspositivista correspondía a un punto de vista externo al Derecho, habría pasado ahora a formar parte de su punto de vista jurídico o interno¹¹. Añadiré que esta concepción tendencialmente iusnaturalista del constitucionalismo es sostenida no sólo por los principales exponentes del constitucionalismo no positivista, como Ronald DWORKIN, Robert ALEXY, Carlos NINO, Gustavo ZAGREBELSKY y Manuel ATIENZA, sino también por algunos de sus críticos, como Michel TROPER, iuspositivista estricto, para quien el constitucionalismo es incompatible con el positivismo jurídico¹².

Hay después un segundo aspecto de esta concepción del constitucionalismo: la consideración de gran parte de las normas constitucionales —comenzando por los derechos fundamentales— no como reglas susceptibles de observancia o de inobservancia, sino, más bien, como principios que se respetan en mayor o menor medida y que, por ello, son susceptibles de ponderación cuando entran en conflicto entre sí, algo que ocurre a menudo. De ello se sigue el papel central asignado a la argumentación en la concepción misma del Derecho. «El derecho», afirma por ejemplo ATIENZA, «no puede ser entendido exclusivamente como un sistema de normas, sino también como una práctica social»¹³. Por otra parte —agrega— los derechos fundamentales son «valores» ético-políticos, de tal modo que no sólo el Derecho tiene una inevitable conexión con la moral, sino que, además, una teoría del Derecho dotada de capacidad explicativa y en condiciones de ofrecer criterios de solución para los casos difíciles, no puede dejar de incluir una teoría de la argumentación y de las prácticas argumentativas, en las que tales valores «juegan un papel determinante»¹⁴. Análogamente, recuerda ATIENZA, Ronald DWORKIN considera el Derecho «como una práctica interpretativa»; Robert ALEXY asocia al Derecho una «pretensión de corrección» y, por ende, una justificación moral propia, cualquiera que sea; mientras Carlos NINO considera que las normas jurídicas no son, por sí solas, razones justificativas autónomas de las decisiones, pues el razonamiento jurídico está abierto a las razones morales¹⁵. Por su parte, José Juan

¹¹ «En los sistemas constitucionales», escribe HABERMAS, «la moral ya no está suspendida en el aire, sobre el Derecho, tal como sugería la construcción del Derecho natural en los términos de un conjunto supra-positivo de normas; ahora la moral se introduce en el corazón mismo del Derecho positivo» [J. HABERMAS, *Recht und Moral (Tanner Lectures)* (1988), *Diritto e morale*, tr. it. de L. CEPPEA, *Morale, diritto e politica*, Torino, Einaudi, 1992, 36].

¹² «Ahora está claro que el positivismo, en los tres sentidos de este vocablo» —que distingue Norberto BOBBIO— «es del todo incompatible con el constitucionalismo», que «parece estrictamente ligado a las doctrinas iusnaturalistas» (M. TROPER, *Il concetto di costituzionalismo*, cit., 63). Análoga es la posición de COMANDUCCI aquí recordada en la nota 4, que retoma la noción política y iusnaturalista de «constitucionalismo» expresada por MATTEUCCI y por TROPER.

¹³ Cfr. M. ATIENZA, «Tesis sobre Ferrajoli», en *Doxa*, núm. 31, 2008, § 6, 215. Más ampliamente, las mismas tesis son desarrolladas por M. ATIENZA, «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico», en L. FERRAJOLI, J. J. MORESO y M. ATIENZA, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, §§ 5 y 6, 144-164; véase mi respuesta, «Constitucionalismo y teoría del derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso», *ibid.*, §§ 2 y 3, 173-195; cfr. También mi *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006, cap. 2, 23-38, en respuesta a las críticas de A. GARCÍA FIGUEROA y de M. IGLESIAS VILA, en M. CARBONELL y P. SALAZAR UGARTE (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, 267-284 y 77-104.

¹⁴ M. ATIENZA, «Tesis sobre Ferrajoli», cit., § 6, 215. El término «valores», como ha observado críticamente ATIENZA, no figura entre mis términos teóricos y ni siquiera en el índice analítico de los argumentos de los dos volúmenes de mis *Principia Iuris* (*ibid.*).

¹⁵ M. ATIENZA, «Tesis sobre Ferrajoli», cit., § 6, 215.

MORESO considera que la argumentación moral es esencial a la ciencia jurídica, siendo «una obviedad que las constituciones incluyen a menudo conceptos y consideraciones morales» y que, por ende, «incorporan la moral en el Derecho»¹⁶.

Así pues, este constitucionalismo principialista y argumentativo, de clara matriz anglosajona, se caracteriza, por un lado, por el ataque al positivismo jurídico y a la tesis de la separación entre Derecho y moral; luego, por la tesis de que los derechos constitucionalmente establecidos no son reglas sino, antes bien, principios en virtual conflicto y, por ello mismo, objeto de ponderación y no de subsunción; y, en fin, por la consiguiente concepción del Derecho como una «práctica social» confiada, sobre todo, a la actividad de los jueces. Bajo este último aspecto, puede registrarse una singular convergencia del constitucionalismo principialista o argumentativo con el realismo y también con el que podríamos denominar «neo-pandectismo», en cuanto minan la normatividad del Derecho en relación con los operadores jurídicos. En efecto, pues, según estas tres orientaciones, el Derecho es en realidad lo que hacen los tribunales y, más en general, los operadores jurídicos, y consiste, en última instancia, en sus prácticas interpretativas y argumentativas¹⁷.

Ciertamente, esta tesis registra la fenomenología del Derecho como hecho; pero ignora su posible contraste con el Derecho como norma. Por ello es generalmente asumida no sólo como descriptiva, sino también de hecho como prescriptiva, es decir, como representación de la práctica jurídica no sólo tal «como es», sino también «como es justo que sea» y, en todo caso, como «no puede dejar de ser»¹⁸. De esta manera, la efectividad se confunde con la validez. Es en esta constante referencia a la práctica judicial, no sólo como criterio de identificación sino también como principal fundamento de legitimidad del Derecho, donde reside el otro elemento que el constitucionalismo argumentativo y principialista comparte no sólo con el realismo sino también con el neopandectismo; que igualmente enfatiza el rol de las praxis, es decir el «Derecho como hecho» más que «como norma»¹⁹, y propone, como alternativa a la crisis de la ley —que se juzga irreversible²⁰—, un renovado «rol de los juristas»²¹, inspirado por una clara opción iusnaturalista²².

¹⁶ J. J. MORESO, «Ferrajoli o el constitucionalismo optimista», en *Doxa*, núm. 31, 2008, § 4, 285.

¹⁷ Es la tesis sugerida ya en el título del libro de M. ATIENZA, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006: cfr., *ibid.*, 33, 52-56, 214 y 222.

¹⁸ La concepción del Derecho como «actividad» o como «práctica social», escribe por ejemplo ATIENZA, «significa, de alguna forma, poner en cuestión la distinción entre el ser y el deber ser, entre el discurso descriptivo y el prescriptivo» (*El derecho como argumentación*, cit., 53).

¹⁹ Es la orientación expresada, ejemplarmente, por Paolo GROSSI, que interpreta los cambios del Derecho provocados por la globalización como un regreso a «un Derecho privado de los particulares»: «aquí no es la validez la que domina, sino su contraria, esto es la efectividad [...] Efectividad significa justamente esto: un hecho es de tal modo apropiado y conforme a los intereses de los operadores económicos, que ellos lo repiten y lo observan, no porque sea un espejo fiel de algo que está en lo alto sino porque tiene en sí mismo una fuerza (y, si queremos, una capacidad persuasiva) que lo hace merecedor de ser observado y, por lo tanto, de vida perdurable. Aquí el filtro no existe y no debe existir: son los hechos económicos los que cuentan; y cuentan tal como son: en bruto, informes, cargados de las escorias que las prácticas cotidianas depositan en ellos y que deben considerarse respetables porque, en su informalidad y plasticidad, pueden responder extraordinariamente a las variaciones del mercado según los tiempos y lugares» (P. GROSSI, «Globalizzazione, diritto, scienza giuridica», en *Id.*, *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, § 5, 288-290).

²⁰ «Código», escribe GROSSI con acentos que recuerdan la polémica pandectista contra la codificación, «significa la gran utopía y la gran presunción de un legislador (un legislador al que la legolatría ilustrada hizo

(Véase notas 21 y 22 en página siguiente)