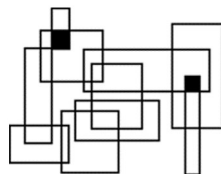


Diritti umani e democrazia

Human Rights & Democracy



Diritto & Questioni Pubbliche
dicembre 2016 – 16/2

COMITATO EDITORIALE

Direzione

Giorgio Maniaci (Palermo), Giorgio Pino (Palermo), Aldo Schiavello (Palermo)

Redazione

Marco Brigaglia (coordinamento), Giulia Borgna, Francesca Ciulla, Maria Ferrara, Nicola Gullo, Dario Ippolito, Paolo Magro, Fabrizio Mastromartino, Andrea Merlo, Eileen Quinn, Giuseppe Rocché, Serena Romano, Giulia Sajeva, Matija Žgur

COMITATO SCIENTIFICO

Manuel Atienza (Alicante) – Mauro Barberis (Trieste) – Juan Carlos Bayon (Autónoma de Madrid) – Roberto Bin (Ferrara) – Bruno Celano (Palermo) – Pierluigi Chiassoni (Genova) – Paolo Comanducci (Genova) – Pasquale De Sena (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano) – Enrico Diciotti (Siena) – Jordi Ferrer (Girona) – Riccardo Guastini (Genova) – Mario Jori (Milano) – Claudio Luzzati (Università di Milano Statale) – Pierpaolo Marrone (Trieste) – Tecla Mazzaresse (Brescia) – Claudio Michelin (Edinburgh) – José Juan Moreso (Barcelona, Universitat Pompeu Fabra) – Pablo Navarro (Córdoba) – Luca Nivarra (Palermo) – François Ost (Université Saint-Louis, Bruxelles) – Gianluigi Palombella (Parma) – Roberto Pardolesi (Luiss, Roma) – Baldassare Pastore (Ferrara) – José Luis Pérez Triviño (Barcelona, Universitat Pompeu Fabra) – Anna Pintore (Cagliari) – Luis Prieto Sanchís (Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo) – Cristina Redondo (Genova) – Michel Rosenfeld (Cardozo School of Law, New York) – Giovanni Sartor (Bologna e European University Institute, Firenze) – Marc Van Hoecke (Ghent) – Josep Maria Vilajosana (Barcelona, Universitat Pompeu Fabra) – Vittorio Villa (Palermo) – Francesco Viola (Palermo) – Giuseppe Zaccaria (Padova) – Gianfrancesco Zanetti (Modena-Reggio Emilia)

© 2016 «Diritto & Questioni pubbliche»
(www.dirittoequationipubbliche.it)

ISSN 1825-0173

Progetto grafico e impaginazione rospeinfrantumi

Tutti i diritti riservati

Diritti umani e democrazia

Indice

MONOGRAFICA/1

Human Rights&Democracy

a cura di Giulia Sajeve e Matija Žgur

Giulia SAJEVA, Matija ŽGUR

Presentazione

7

Michelangelo BOVERO

Diritti deboli, democrazie fragili. Sullo spirito del nostro tempo

Weak Rights, Fragile Democracies. On the Spirit of Our Times

11

Pierluigi CHIASSONI

Protecting Freedom of Conscience in a Constitutional State

23

Susanna POZZOLO

Nuove tecnologie riproduttive: fra liberazione e nuove forme di patriarcato

New Reproductive Technologies: Between Liberation and New Forms of Patriarchy

53

Sebastián AGÜERO-SANJUAN

Seguridad jurídica a través del análisis de los mecanismos de exclusión normativa.

Una presentación del caso español

Legal Certainty by Means of the Analysis of the Normative Exclusion Mechanisms.

A Presentation of the Spanish Case

67

Marta BORDIGNON

*La road map verso uno strumento internazionale giuridicamente vincolante
su Imprese e Diritti Umani alla luce del ruolo degli Attori Non-Statali*

The Road Map Towards an International Legally Binding Instrument

on Business and Human Rights in the Light of the Role of Non-State Actors

89

Mauricio MALDONADO MUÑOZ

Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales

Conflictivism and Non-Conflictivism in Human Rights

105

Guadalupe SALMORÁN

*Bolivia, Ecuador y Venezuela: ¿un nuevo constitucionalismo latinoamericano
o nuevas autocracias plebiscitarias?*

Bolivia, Ecuador and Venezuela: a New Latinamerican Constitutionalism

or New Plebiscitarian Autocracies?

133

Realizzato da rospeinfrantumi
per conto di Diritto & Questioni pubbliche (PA)
nel dicembre 2016

MONOGRAFICA/1

Human Rights&Democracy

a cura di Giulia Sajeve e Matija Žgur

GIULIA SAJEVA* & MATIJA ŽGUR**

*Human Rights & Democracy
Proceedings of the 1st Palermo Graduate Workshop*

The 1st Palermo Graduate Workshop on Human Rights & Democracy was organized by the PhD Program in *Human Rights: Evolution Protection and Limits* of the Department of Law of the University of Palermo (Italy) and held in Palermo between the 11th and 13th November 2015¹.

The Graduate Workshop focused on the debate about current trends and challenges for human rights and democracy. It was open to PhD students and recent PhD graduates. With more than twenty-five active participants from more than fifteen universities from Latin America and Europe, the Workshop offered a wide and diverse platform for the sharing of ideas.

The three-day event proposed three major sections of discussion: first, the Human Rights Theory section, dedicated to discussing the enduring problems of the foundations and universalization of human rights, as well as emerging issues in human rights theory, such as new subjects of rights and the relationship between human rights and other goods (freedom, security, economic growth, environmental protection etc.). Then, the Human Rights & Democratic Theory section, which reviewed the long-existing conflict between human rights and the majoritarian principle: the former being regarded as the crown jewel of contemporary democracies, while the latter is still considered the most important argument in favour of limiting human right. Finally, the last section – Challenges for Democratic States: Guaranteeing Human Rights – focused on the growing divide between the multilevel normative affirmation of human rights and their implementation in action. While we are witness to a proliferation of human rights declarations at the international, regional and national level, democratic States appear increasingly incapable of efficiently protecting fundamental rights of both their citizens and of all other individuals within their territory alike.

The Graduate Workshop saw the participation of three keynote speakers, renowned experts on human rights and democracy issues: Prof. Michelangelo Bovero from the University of Turin, Prof. Raffaele Bifulco from the University of Rome LUISS – “Guido Carli”, and Prof. Pierluigi Chiassoni from the University of Genoa.

This monographic section features papers by Professors Bovero and Chiassoni as well as from Professor Susanna Pozzolo (University of Brescia), who also held a seminar in Palermo the day before the Workshop. In addition, this section will present four articles, selected as the best papers presented at the Graduate Workshop by a panel of judges, including the three keynote speakers and selected professors from the University of Palermo’s Human Rights PhD program.

* PhD, University of Palermo. Email: giusajeva@gmail.com.

** PhD Candidate, University of Palermo. Email: matija.zgur@gmail.com.

¹ The organizing committee of the Graduate Workshop was composed of Giulia Sajeve, Matija Žgur and Irene Grifò.

Michelangelo Bovero, in his article *Diritti deboli, democrazie fragili. Sullo spirito del nostro tempo (Weak rights, fragile democracies. On the spirit of our times)*, analyses the essential aspects of the relationship between fundamental rights and the democratic regime. On the basis of a re-definition of the two notions, the author shows that there is no contradiction in conceiving fundamental rights as rights “against democracy”, subtracted from the will of political majorities and, at the same time, conceiving democracy as a regime based on certain fundamental rights.

In his article *Protecting Freedom of Conscience in a Constitutional State*, Pierluigi Chiassoni confronts two levels of problems facing constitutional states committed to protecting freedom of conscience and of religion. Conceptual problems involve understanding the two notions, their contents and their mutual relationship; strategic problems, on the other hand, regard the identification of the most appropriate means for achieving the task of their protection. The author outlines a doctrine for the protection of freedom of conscience in a religious society, which advocates the granting of a general right to conscientious objection.

Susanna Pozzolo, in *Nuove tecnologie riproduttive: fra liberazione e nuove forme di patriarcato (New Reproductive Technologies: Between Liberation and New Forms of Patriarchy)*, fosters reflection on the issue of “gestational surrogacy”, while proposing an analysis that goes beyond the classical opposition between pros and cons. Her purpose is to assess whether a feminist position can bring a different perspective on the ethical level, highlighting issues that are usually underrepresented.

In *Seguridad jurídica a través del análisis de los mecanismos de exclusión normativa. Una presentación del caso español (Legal certainty by means of the analysis of the normative exclusion mechanisms. A presentation of the Spanish case)*, Sebastián Agüero-SanJuan deals with the question of legal certainty as one of the cornerstones of consolidated democratic orders. He analyses the normative exclusion mechanisms recognized in Spanish law (mainly, repeal, nullity and inapplicability), demonstrating its insufficiencies in the area of legal certainty. Based on this analysis the article proposes to be the first stage towards a more effective protection of human rights by strengthening legal certainty as a central aspect of the Rule of Law.

Mauricio Maldonado Muñoz’s *Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales (Conflictivism and non-conflictivism in human rights)* critically analyses the debate between *conflictivists* and *non-conflictivists* (the so-called “*conflictivismo* problem”) which regards the question whether “real” conflicts exist between fundamental rights. Maldonado Muñoz argues that the “*conflictivismo* problem” is, in fact, not a single problem, but it rather refers to a multidimensional and heterogeneous set of different issues. Consequently, the contrast between conflictivists and non-conflictivists does not correspond to a series of necessarily consistent or coherent positions.

Can we speak of a new constitutional paradigm in Latin America (“New Latin American Constitutionalism”) or are we faced with new autocratic regimes? This is the question Guadalupe Salmorán tackles in her article *Bolivia, Ecuador y Venezuela: ¿un nuevo constitucionalismo latinoamericano o nuevas autocracias plebiscitarias? (Bolivia, Ecuador and Venezuela: a new Latinamerican constitutionalism or new plebiscitarian autocracies?)* in which she analyses the emerging paradox in certain Latin American states whereby, despite progress on fundamental rights and forms of citizen participation was made, constitutions still have a tendency to focus the political power in the executive branches of the government.

Finally, Marta Bordignon in her article *La roadmap verso uno strumento internazionale giuridicamente vincolante su imprese e diritti umani alla luce del ruolo degli attori non-statali (The roadmap*

towards an international legally binding instrument on Business and Human Rights in light of the role of Non-State Actors) analyzes the main steps for the adoption of an international legally binding instrument on business and human rights since the adoption of a Resolution in 2014 by the UN Human Rights Council. The main objective of her paper is to point out the main features of the law-making process of an international treaty on business and human rights, aimed at establishing the duty of States, as provided by general International Law, to protect fundamental rights.

The present monographic section provides an introduction into the diversity of the new issues being tackled by researchers concerned about human rights and democracy. Given the success of the Graduate Workshop, we sincerely hope it will become a permanent platform for furthering the debate on these important issues and allowing for a continued collaboration between Italian, European and Latin American scholars.

MICHELANGELO BOVERO

Diritti deboli, democrazie fragili. Sullo spirito del nostro tempo

Weak Rights, Fragile Democracies. On the Spirit of Our Times

ABSTRACT

Riprendendo le tesi di Norberto Bobbio, l'autore caratterizza il nostro tempo come l'età dei diritti e della democrazia. L'articolo è dedicato interamente ad analizzare i profili essenziali del rapporto tra i diritti fondamentali e il regime democratico. A partire da una ridefinizione delle due nozioni, si mostra che non vi è contraddizione nel concepire i diritti fondamentali come diritti "contro la democrazia", ossia sottratti alla disponibilità delle maggioranze politiche, e insieme la democrazia come regime fondato su determinati diritti fondamentali, e per questo protetto contro se stesso. In conclusione vengono considerate le cause attuali della debolezza dei diritti e della fragilità della democrazia.

Assuming Norberto Bobbio's thesis, the author characterizes our time as the age of rights and of democracy. The article is entirely devoted to analyzing the essential aspects of the relationship between fundamental rights and the democratic regime. On the basis of a re-definition of the two notions, the author shows that there is no contradiction in conceiving fundamental rights as rights "against democracy", which are subtracted from the will of political majorities and, at the same time, conceiving democracy as a regime based on certain fundamental rights and, thus, actually protected against itself. Finally, the causes of the current weaknesses of rights and of the fragility of democracy are explored.

KEYWORDS

Diritti, democrazia, costituzione, neo-liberalismo, spirito del tempo

Rights, democracy, constitution, neo-liberalism, the spirit of time

MICHELANGELO BOVERO*

*Diritti deboli, democrazie fragili.
Sullo spirito del nostro tempo*

1. *L'età dei diritti e della democrazia.* – 2. *I diritti fondamentali, contro il mercato e contro lo Stato. Contro la democrazia?* – 3. *La democrazia, regime fondato su diritti fondamentali* – 4. *Lo spirito del tempo. Dal crepuscolo all'alba*

1. *L'età dei diritti e della democrazia.*

Norberto Bobbio ha intitolato un suo libro famoso, uscito nel 1990, *L'età dei diritti*¹. Considerata nella sua massima estensione temporale, l'età dei diritti coincide con l'età moderna: i diritti per antonomasia, quelli che vengono comunemente chiamati diritti umani – in un'accezione spesso retorica ed equivoca – o in modo più pertinente diritti fondamentali, nascono con l'età moderna, prima nella forma di aspirazioni morali e rivendicazioni politiche avanzate dai filosofi del giusrazionalismo a partire dalla metà del XVII secolo, poi nella forma di norme giuridiche positive stipulate in celebri dichiarazioni e via via accolte nelle costituzioni di molti stati a partire dalle rivoluzioni americana e francese, alla fine del XVIII secolo. Bobbio invitava a riconoscere lo sviluppo decisivo di questo processo storico, la sua maturità, anche se non il suo compimento, nella Dichiarazione universale del 1948. I diritti fondamentali sono, in questa prospettiva, gli aspetti essenziali dell'affermazione progressiva, sempre difficile, contrastata e precaria, della concezione individualistica della società e dello stato: prima viene l'individuo, che ha valore di per se stesso, e poi viene lo stato e non viceversa; lo stato è fatto per l'individuo, e non l'individuo per lo stato; lo scopo di ogni associazione politica, come recita la Dichiarazione francese dell'Ottantanove, è «la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo». Questo è, secondo Bobbio, lo spirito del nostro tempo. La nostra età, l'età moderna, è l'età dei diritti.

Ma non soltanto. In un altro libro famoso, *Il futuro della democrazia*, precisamente nell'Introduzione alla seconda edizione, che è del 1991, Bobbio scriveva:

«Pur non facendo alcuna scommessa sul futuro, è innegabile che [...] le democrazie esistenti non solo sono sopravvissute ma nuove democrazie sono comparse o ricomparse là dove non erano mai esistite o erano state eliminate da dittature politiche o militari. Lo storico francese Elie Halévy scrisse dopo la prima guerra mondiale un libro intitolato *L'ère des tyrannies*. Non penso di essere troppo temerario se dico che il nostro tempo potrebbe essere chiamato *L'ère des démocraties*»².

* Professore ordinario di filosofia politica, Università degli studi di Torino. Email: michelangelo.bovero@unito.it.

¹ BOBBIO 1990.

² Come è noto, la prima ed. de *Il futuro della democrazia* è del 1984; l'Introduzione compare nella seconda ed., ed è datata luglio 1991. Qui la cito dalla terza ed., Einaudi, Torino 1995, p. XIII.

Dunque, coniugando queste ultime affermazioni di Bobbio con le tesi da lui sostenute nell'altro libro, pressoché negli stessi anni, se ne ricava l'idea che il nostro tempo – per lo meno l'ultimo periodo dell'età moderna, quello che è stato inaugurato dalla Dichiarazione universale del 1948 e che ha poi conosciuto due o tre “ondate” successive di espansione del regime democratico nel mondo – potrebbe essere caratterizzato come l'età dei diritti e *insieme* della democrazia.

Quest'idea, considerata a distanza di venticinque anni dalle formulazioni di Bobbio, alla luce di quel che è successo nel mondo in questo quarto di secolo e delle interpretazioni che ne hanno dato la cultura politica e giuridica, suscita molti interrogativi dubbiosi. Anzitutto: diritti e democrazia formano una coppia coerente ed armoniosa? Oppure gli elementi della coppia non possono che entrare in tensione per loro propria natura, generando contrasti inevitabili tra i sostenitori del primato dei diritti e dei loro guardiani, le corti costituzionali, e gli assertori della superiorità del principio democratico e dei soggetti da esso legittimati, le maggioranze politiche? E soprattutto: il nostro tempo, quello che stiamo vivendo ora, è ancora riconoscibile come l'età dei diritti e della democrazia, al di là dei loro contrasti? Oppure quest'età è al tramonto? A molti, e per molti aspetti, il nostro tempo appare come un tempo crepuscolare, di congedo dalla modernità, di scolorimento ed estenuazione dei suoi caratteri identificanti: di indebolimento dei diritti e di fragilità e danneggiamento della democrazia.

2. *I diritti fondamentali, contro il mercato e contro lo Stato. Contro la democrazia?*

Per costruire i tratti essenziali di una plausibile teoria dei rapporti tra diritti e democrazia è indispensabile ripartire, ancora una volta, dalle definizioni delle nozioni di base. Lo farò in modo stringato e semplificato.

I diritti per antonomasia, quelli che contraddistinguono l'età dei diritti, sono opportunamente qualificati come diritti fondamentali. Con l'espressione “diritti fondamentali” si indica una classe particolare dell'universo dei diritti soggettivi. Della nozione controversa di “diritto soggettivo” accolgo le definizioni proposte da Riccardo Guastini e da Luigi Ferrajoli, considerandole sostanzialmente equivalenti tra loro: un diritto soggettivo è (da intendersi come): (a) una pretesa (*claim*) o una aspettativa, (b) conferita da una norma ad un soggetto, (c) sul comportamento di un altro soggetto³. Ovvero, più precisamente, un diritto soggettivo consiste in una pretesa fondata o una aspettativa giustificata: una pretesa infondata o una aspettativa ingiustificata non è un diritto. E s'intende che ciò che fonda una pretesa o giustifica un'aspettativa non può che essere una norma vigente e/o (assunta come) valida di un sistema (o di un codice) normativo, giuridico oppure morale. Se il sistema è giuridico, dalle sue norme attributive conseguiranno diritti in senso giuridico: *legal rights*; se il sistema è morale, conseguiranno diritti morali: *moral rights*.

Ogni norma attributiva è anche, *eo ipso*, per necessità logica, imperativa: nel conferire un diritto ad un soggetto, impone un obbligo, un dovere, ad un altro soggetto: il dovere di assicurare la soddisfazione della pretesa o aspettativa in cui consiste il diritto del primo soggetto; e si tratta di un dovere giuridico se la norma appartiene ad un sistema giuridico, di un dovere morale se la norma appartiene ad un sistema morale. Ma non sempre, posta una norma attributiva di un diritto, è immediatamente evidente quale sia il soggetto che ha l'obbligo di soddisfare quel diritto e quale sia il comportamento

³ Cfr. GUASTINI 1994, 148: «in tutte le sue occorrenze, il termine “diritto” – usato [...] in senso soggettivo – può essere sostituito senza perdita di significato con l'espressione “pretesa giustificata”. [...] Dunque la nozione di “diritto” (in senso soggettivo) risulta, per così dire, dalla combinazione di un elemento “soggettivo”, una pretesa, e di un elemento “oggettivo”, una norma». Secondo FERRAJOLI (2007, 639), l'elemento che accomuna tutte le categorie dei diritti soggettivi è «il loro carattere di aspettative. [...] Riconoscere e garantire a taluno un diritto vuol dire, in tutti i casi, assicurarne la tutela [...] attraverso il divieto o l'obbligo di un comportamento altrui».

che tale soggetto deve tenere per soddisfarlo: senza una norma esplicita che stabilisca e regoli il dovere corrispondente al diritto, un diritto soggettivo rischia di rimanere una pretesa o un'aspettativa vana. *Prima facie*, sembra dunque che un diritto soggettivo sia pienamente un diritto, uno *ius perfectum*, solo se all'aspettativa si accompagna una norma di garanzia che ne assicuri la soddisfazione. Ma la questione del rapporto tra diritti e garanzie è molto più complessa e controversa⁴.

Non tutti i diritti soggettivi giuridici hanno lo stesso valore, la stessa importanza. Non tutti i diritti hanno eguale "forza di diritto" (si potrebbe dire, per analogia con l'espressione comune "forza di legge"). In via di prima approssimazione, e semplificando, si possono distinguere tre classi di diritti soggettivi, con decrescente "forza di diritto" a seconda della fonte normativa su cui si fondano: i diritti costituzionali (diritti soggettivi pubblici), i diritti legali, i diritti contrattuali⁵. Chiediamoci ora: i diritti costituzionali sono i diritti fondamentali? Riteniamo soddisfacente risolvere l'una nell'altra le due nozioni corrispondenti a queste espressioni? Forse non pienamente. Suggerisco una rappresentazione intuitiva, che è anche una quasi-definizione: l'età dei diritti è l'età in cui certi determinati diritti morali, teorizzati e giustificati come pretese universalmente valide per tutti gli esseri umani sulla base del sistema morale dell'individualismo moderno, rivendicati dalle correnti di pensiero filosofico e politico del giusnaturalismo razionalistico e dell'illuminismo, diventano diritti giuridici positivi, vengono stipulati nelle costituzioni e quindi protetti da garanzie speciali. Appare chiaro, in questa prospettiva, che per determinare la classe dei diritti fondamentali, per identificare il criterio di appartenenza ad essa, non è sufficiente affermarne l'equivalenza tendenziale con i diritti costituzionali. Forse potremmo dire, seppur con una certa forzatura, che i diritti costituzionali, cioè i diritti soggettivi positivizzati in norme di rango costituzionale, sono i diritti fondamentali; ma non che i diritti fondamentali sono (non sono altro che) i diritti costituzionali. Anche perché il processo di positivizzazione e costituzionalizzazione dei diritti è sempre aperto e conosce numerose varianti nel tempo e nello spazio. Abbiamo dunque bisogno di una caratterizzazione ulteriore per delimitare la classe dei diritti fondamentali, per stabilire *che cosa* sono prima ancora di riconoscere *quali* sono (anzi, per poterlo fare), ovvero per determinare il significato dell'attributo "fondamentale" apposto al sostantivo "diritti".

Accolgo la definizione di Ferrajoli, da lui formulata alla fine del secolo scorso, e poi riproposta e riformulata varie volte, soprattutto nel suo monumentale *Principia iuris*: «Sono "diritti fondamentali" tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a "tutti" gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire»⁶. In questo modo, la nozione di diritti fondamentali viene resa indipendente da quella di diritti costituzionali: per essere (designato e riconosciuto come) un diritto fondamentale, non è necessario che un diritto soggettivo sia (stato) costituzionalizzato; non è per il fatto di essere (stato) costituzionalizzato che un diritto soggettivo è (riconoscibile come) un diritto fondamentale. Questo è certamente un aspetto virtuoso della definizione. Peraltro, pur non negando la connessione storica, almeno parziale, tra diritti fondamentali e diritti costituzionali, Ferrajoli tende a svincolare totalmente la costruzione del concetto di diritti fondamentali, la stipulazione del significato di questa espressione, dal contesto del costituzionalismo moderno. E questo è, per me, l'aspetto meno convincente della sua proposta teorica; ma per il momento lo lascio da parte. Lo riprenderò tra breve.

⁴ Sulle contrapposte tesi di Guastini e di Ferrajoli in merito al rapporto tra diritti e garanzie rimando al mio saggio BOVERO 2005, 233-244.

⁵ Cfr. GUASTINI 1994, 150.

⁶ FERRAJOLI 2001, 5. Questa è la definizione che si legge in apertura dell'articolo *Diritti fondamentali* (FERRAJOLI 1998), da cui ha avuto origine ad un ampio dibattito poi raccolto in FERRAJOLI 2001. La preferisco soltanto per ragioni di semplicità a quella riformulata con maggiore precisione in FERRAJOLI 2007, 727: «I "diritti fondamentali" sono i diritti di cui tutti sono titolari in quanto persone naturali, o in quanto cittadini oppure, ove si tratti di diritti potestativi, in quanto capaci d'agire o in quanto cittadini capaci d'agire».

Che cosa significa, dunque, che sono (opportunamente qualificabili come) “fondamentali” i diritti attribuiti da un ordinamento giuridico positivo agli individui in quanto persone o cittadini o capaci d’agire, posto che non significa semplicemente, e neppure necessariamente, che sono diritti costituzionali? Qual è il significato dell’aggettivo “fondamentali”? Seguendo Ferrajoli, significa che questi diritti, quale che ne sia la sostanza determinata, l’argomento specifico (il diritto alla vita o, per ipotesi, il diritto di fumare), sono *universali* – dice Ferrajoli: «nel senso puramente logico e avalutativo della quantificazione universale della classe dei soggetti che ne sono titolari»⁷ – e perciò *inalienabili e indisponibili*. Ad esempio, se a un individuo soggetto ad un ordinamento costituzionale democratico fosse lecito vendere il suo diritto fondamentale di libertà personale o i suoi diritti fondamentali di autonomia privata, così rendendosi schiavo di un altro, o se gli fosse lecito alienare il proprio diritto fondamentale di partecipare, come cittadino, al processo democratico di autodeterminazione collettiva mediante il voto politico, cedendo la sua scheda elettorale ad un altro, non si potrebbe più dire che secondo quell’ordinamento i diritti di autonomia privata e pubblica spettano, rispettivamente, a “tutte” le persone e a “tutti” i cittadini, e tali diritti non sarebbero più “fondamentali” bensì, nel lessico di Ferrajoli, “patrimoniali”⁸. Assumendo l’antitesi stabilita da Ferrajoli tra diritti fondamentali e patrimoniali, si può dire che sono (opportunamente designabili e distinguibili come) fondamentali i diritti che non si possono comprare né vendere. I diritti fondamentali sono diritti sottratti al mercato o, come anche si dice, “contro il mercato”.

Ma non basta: i diritti fondamentali sono anche, al tempo stesso e per la medesima ragione, diritti “contro lo stato”. Nessun pubblico potere può disporre dei diritti fondamentali degli individui. I diritti fondamentali stanno – per usare la nota metafora di Ernesto Garzón Valdés – in una sorta di terreno proibito (*coto vedado*) che il potere politico, cioè il potere della collettività sui suoi membri, non può invadere⁹: sono i principali limiti e vincoli dei poteri costituiti, nel duplice senso che questi poteri non possono alterare né disapplicare le norme in cui i diritti sono stabiliti, e che debbono assicurarne il godimento e l’esercizio agli individui che ne sono titolari. Per comprendere appieno la natura e la rilevanza di questo connotato (o di questa implicazione) del concetto di diritti fondamentali così come definito da Ferrajoli – cioè, per capire che cosa significa che i diritti fondamentali sono diritti “contro lo stato” – è necessario, a mio avviso, correggere e integrare quella definizione, attingendo alla concezione bobbiana dell’età dei diritti.

Secondo Bobbio, l’affermazione dei diritti fondamentali «rappresenta un capovolgimento radicale nella storia secolare della morale»¹⁰. Qui Bobbio intende per “morale”, in senso latissimo, l’intero e multiforme universo delle norme che disciplinano la condotta e le relazioni degli esseri umani per salvaguardarne l’esistenza e la convivenza. Sino alle soglie di quella “rivoluzione copernicana” che segna l’inizio dell’età moderna come età dei diritti, i codici di norme (moralì o giuridiche) sono sempre codici di doveri, non di diritti. Basti pensare ai Dieci comandamenti. Certamente, spiega Bobbio, «dovere e diritto sono termini correlativi, come padre e figlio, nel senso che come non vi può essere un padre senza figlio così non vi può essere un dovere senza diritto; ma come il padre viene prima del figlio, così l’obbligo è sempre venuto prima del diritto»¹¹. La rivoluzione copernicana della modernità, che consegue dall’affermazione della concezione individualistica della società e artificialistica dello stato, ha

⁷ FERRAJOLI 2001, 6.

⁸ Sulla “grande divisione” ferrajoliana tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali, cfr. FERRAJOLI 2001, 12-18.

⁹ Sulla fortunata nozione garzoniana di *coto vedado* suggerisco di vedere un saggio forse poco noto di Ernesto Garzón Valdés, che contiene un significativo richiamo e confronto con il pensiero di Bobbio: GARZÓN VALDÉS 2011, 35-46.

¹⁰ BOBBIO 1999, 432.

¹¹ BOBBIO 1999, 432. Quello della “rivoluzione copernicana” nella storia della morale è il tema centrale del celebre saggio che dà il titolo al volume *L’età dei diritti*. V. BOBBIO 1990.

condotto all'avvento e alla diffusione di un modello di codice normativo (quello delle costituzioni moderne, che io chiamo "costituzioni del costituzionalismo") in cui i diritti – una certa classe di diritti, appunto i diritti fondamentali – vengono per primi: sono diventati "padri" dei doveri.

Seguendo le indicazioni di Bobbio, potremmo aggiungere alla definizione ferrajoliana dei diritti fondamentali questo carattere identificante essenziale: sono fondamentali quei diritti che *non* conseguono dall'esistenza di determinati doveri logicamente antecedenti ad essi, ma al contrario vengono concepiti (e stipulati) come originari e dunque essi stessi *fondanti* rispetto a una certa classe di doveri, che ne conseguono logicamente. I diritti fondamentali, che hanno priorità logica e assiologica sui doveri – intendo: direttamente o *per medios terminos*, sull'intero codice dei doveri integrato in un ordinamento conforme al modello di costituzione del costituzionalismo moderno –, sono quelli che l'individuo come tale (meglio: come persona, o come cittadino, o come capace d'agire) può rivendicare *verso* o *contro* la collettività in cui si trova a vivere e il potere che la governa. Secondo una visione artificialistica della convivenza, che è la visione propriamente moderna, questi diritti sono rappresentabili come le condizioni alle quali l'individuo si vincola al collettivo, ovvero assume l'obbligo politico di obbedire alle decisioni collettive: sono le clausole della sua adesione al patto di convivenza, al "contratto sociale". In questa prospettiva, i diritti fondamentali sono tali, ovvero è sensato chiamarli così, non perché *abbiano* un fondamento (meta-giuridico: metafisico o morale), bensì – indipendentemente dal fatto che possano o debbano averlo e dalle relative infinite controversie tra filosofi¹² – perché *sono* essi stessi assunti a fondamento di un intero ordine giuridico-politico nelle carte costituzionali. Di qui l'invito di Bobbio a riflettere non tanto o non soltanto sul fondamento (meta-giuridico) che *hanno* o possono avere i diritti fondamentali, quanto anzitutto sul fondamento che essi *sono* o pretendono di essere, all'interno degli ordinamenti costituzionali moderni: fondamento del patto sociale stipulato appunto nelle costituzioni (che sono contratti sociali in forma scritta, contenenti «tavole positive di diritto naturale» come dice Ferrajoli¹³), condizione prima e scopo essenziale della convivenza tra individui «liberi ed eguali nei diritti», come recita l'art. 1 della Dichiarazione del 1789. Se questi diritti vengono lesi o addirittura tolti, il patto sociale si disgrega, e occorrerà rifondare la convivenza, e l'architettura istituzionale che la sorregge, su nuove basi.

Ricapitolando. I diritti fondamentali sono pretese o aspettative normative rivolte *verso* lo stato: i diritti fondamentali degli individui sono i doveri dello stato, che ha l'obbligo fondamentale di proteggerli e garantirli. Ne segue che qualora lo stato – la collettività, o meglio gli organi che ne esprimono la volontà (la volontà pubblica, la "volontà generale") – attenti a questi diritti, violando le norme costitutive (costituzionali) in cui essi sono stipulati, ad esempio emanando leggi che li contraddicono, o promulgando atti che ne impediscono il godimento ai loro titolari, allora questi ultimi, ossia gli individui, sono legittimati a rivendicare i propri diritti *contro* lo stato: questa è la classica radice del diritto di resistenza, o del "diritto alla rivoluzione"; ma è anche la giustificazione del ricorso ai tribunali supremi – negli ordinamenti contemporanei, alle corti costituzionali. In questo senso i diritti fondamentali sono (caratterizzabili in sintesi come) diritti "contro lo stato", contro il potere politico (che è il potere della collettività sugli individui); e nel caso di un regime democratico, anche contro il potere istituito (meglio: gli organi del potere collettivo legittimati) dalle procedure democratiche. O, come anche si dice con una formula ad effetto, "diritti contro le maggioranze".

Dunque i diritti sono contro la democrazia? Il rapporto tra democrazia e diritti è per sua natura, per la natura di ciascuno dei termini della coppia, un rapporto potenzialmente conflittuale?¹⁴ È ciò che

¹² Sul tema, vedi i primi due saggi compresi in BOBBIO 1990.

¹³ Cfr. FERRAJOLI 1990, 351.

¹⁴ Sulla tensione tra diritti e democrazia, che ha costituito il tema generale di una vastissima controversia, vivace soprattutto alcuni anni or sono ma non ancora esaurita, suggerisco di rivedere e confrontare tra loro le analisi, condotte entro prospettive teoriche diverse, rispettivamente da: RUIZ MIGUEL 2003; PINTORE 2003; SALAZAR 2006.

sostengono alcuni (presunti e sedicenti) teorici radicali della democrazia, quando difendono come virtù suprema di un ordinamento democratico quella di potersi trasformare sempre e in ogni sua parte, adeguandosi ai mutevoli orientamenti dei cittadini, e la difendono contro i partigiani delle varie specie di neo-costituzionalismo, contro il principio stesso dell'indisponibilità dei diritti fondamentali (non solo per il mercato ma anche per lo stato) e contro il potere delle corti costituzionali, considerato come potere ultimo di interdire la volontà del popolo, e dunque come potere antidemocratico. Di qui, la formulazione della cosiddetta "obiezione contro-maggioritaria". A mio avviso, non hanno tutti i torti; però hanno sostanzialmente torto. Ma non certo perché abbiano invece ragione gli adepti del neo-costituzionalismo principialista (come lo chiama Ferrajoli¹⁵). Sostengo che nei tempi più recenti e in varie parti del mondo abbiamo assistito al ritorno parallelo di *due* forme di potere arbitrario, a volte in conflitto, a volte in sinergia: da un lato, quello delle corti supreme che si arrogano la funzione di legislatore positivo di ultima istanza e si atteggiavano a voce indiscutibile della *recta ratio*, e dall'altro, quello dei vertici monocratici degli esecutivi, che pretendono di essere la vera ed unica voce autorizzata della volontà popolare; entrambi i poteri si pongono o si comportano come sovrani, *superiorem non recognoscentes*, ed entrambi sono frutto di usurpazione delle funzioni che in democrazia spettano agli organi collegiali rappresentativi, cioè alle assemblee parlamentari. Le quali peraltro non sono certo, a loro volta, legittimate a interpretare il ruolo di sovrani assoluti sottratti ai vincoli costituzionali. Insomma, hanno torto entrambi, i democratici radicali e i neo-costituzionalisti.

Dico subito che considero inappropriata ed anzi fuorviante la formula "diritti contro le maggioranze", qualunque ne sia l'uso polemico (avverso alle maggioranze o avverso ai diritti); e particolarmente infelice, oltreché orrenda, l'altra formula "obiezione contro-maggioritaria"¹⁶. Ma per una ragione che non ha a che vedere con il nucleo del problema su cui stiamo riflettendo, e che è la seguente: il principio di maggioranza non è la regola regina della democrazia. Detto altrimenti: "democrazia" non significa potere della maggioranza. La regola di maggioranza è una regola tecnica, e non è democratica più di quanto non sia autocratica. A maggioranza decidono non solo i parlamenti democratici ma anche gli organi supremi di regimi autocratici, come il gran consiglio del fascismo, o il conclave per l'elezione del papa. Me ne sono occupato altrove¹⁷, e non è questo il punto nella presente occasione. Semplicemente, qui invito a non usare quella formula, "diritti contro le maggioranze", e a sostituirla con una più pertinente. Se il percorso teorico che ho condotto nelle pagine precedenti è convincente, allora i diritti fondamentali sono caratterizzabili come diritti (non contro le maggioranze ma) "contro il potere politico", qualunque esso sia: i diritti fondamentali, negli ordinamenti conformi al modello di costituzione del costituzionalismo, sono ciò su cui il potere politico non ha potere, sono *coto vedado*; dunque, sono diritti *anche* contro la volontà pubblica eventualmente dichiarata a maggioranza, ma non solo, persino se fosse dichiarata all'unanimità. Come si vede, sostituendo quella formula siamo giunti a rafforzarla.

Sono consapevole che questa mia posizione può apparire a qualcuno (dei miei venticinque lettori) sorprendente e forse paradossale. Come è compatibile questa insistita, riaffermata e ribadita intangibilità dei diritti con una visione del mondo sobria, laica, positivista in teoria del diritto, anti-oggettivista e anti-cognitivista in teoria della morale, realista in teoria politica, disillusa e scetticeggiante in filosofia della storia? Mi difendo: con la costruzione concettuale che ho proposto sin qui non ho inteso affatto delineare una sorta di dittatura metafisico-religiosa dei valori "incarnati" in diritti. E provo a chiarire, precisando: anzitutto, si deve intendere che i diritti fondamentali sono indisponibili per il potere politico *ordinario*; ma è ovvio che, in generale e in via di principio, le norme in cui essi sono

¹⁵ FERRAJOLI 2010.

¹⁶ Cfr. SALAZAR 2006, 193 ss.

¹⁷ BOVERO 2012.

stabiliti possano essere modificate con procedure *speciali*. Non sono né la Natura né la Ragione i legislatori dei diritti, ma pur sempre gli esseri umani; e questi possono sempre cambiare le norme che li stabiliscono: lo possono di fatto, ed è loro lecito di diritto se e quando siano predisposti i canali giuridici adeguati allo scopo. Ciò nonostante: se il patto costituzionale in cui sono stipulati i diritti fondamentali è ispirato al principio democratico, se tale patto istituisce – mediante determinate norme di competenza e di procedura per le decisioni collettive – un regime politico democratico che si vuole preservare come tale, allora alcuni (almeno) diritti fondamentali sono da considerarsi assolutamente intangibili, e forse da stipulare esplicitamente come sovra-costituzionali, altrimenti è aperta la possibilità di un suicidio della democrazia. Quali diritti? Quelli che, per la loro specifica natura (per il loro argomento), *istituiscono* la democrazia, e sono i diritti di partecipazione politica. Senonché, al tempo stesso, questi medesimi diritti di partecipazione politica, in quanto sono fondamentali come tutti gli altri (come le altre classi del genere “diritti fondamentali”), sono pur sempre diritti “contro la democrazia”, contro qualunque decisione del potere politico (ordinario) anche se democratico. Non vi è contraddizione nel concepire i diritti fondamentali come diritti contro la democrazia, e insieme la democrazia come un determinato complesso (formato da una o più classi) di diritti fondamentali. La democrazia intesa come (risultante da) una certa somma di diritti fondamentali – in quanto tali, diritti contro la democrazia – è un regime protetto contro le proprie pulsioni suicide.

3. *La democrazia, regime fondato su diritti fondamentali*

Invito a usare il termine “democrazia” non per indicare una forma di vita, né un intero sistema giuridico-politico, bensì soltanto un tipo di regime: cioè, un aspetto determinato e circoscritto di un ordinamento. E invito a distinguere tra “regime” e “forma di governo”. Queste due espressioni sono spesso usate scambievolmente, in molti contesti i loro significati si sovrappongono e si confondono. Ritengo sia opportuno stipulare per ciascuna di esse un uso specializzato, in modo da mantenere analiticamente separati due aspetti differenti, pur se contigui, degli ordinamenti politici. Chiamo “regimi” quelle configurazioni tra loro alternative della convivenza i cui caratteri essenziali sono definiti dalle regole che disciplinano la titolarità e l’esercizio dei diritti politici – intesi i diritti politici come quei (quella classe di) diritti fondamentali che riguardano la partecipazione degli individui alla formazione delle decisioni collettive. Sono le regole di competenza e di procedura che Bobbio ha chiamato “regole del gioco” e che, nel suo linguaggio semplificante, stabiliscono il *chi* e il *come* delle decisioni collettive: quali e quanti soggetti abbiano il diritto-potere di aver parte nel processo decisionale politico, e in che modo il processo debba svolgersi. Seguendo la lezione di Kelsen e di Bobbio, i tipi di regime (tipi ideali nel senso weberiano) sono due e soltanto due, autocrazia e democrazia, ciascuno dei quali comprende numerose specie e sottospecie. Chiamo “forme di governo” (dove il termine governo ha ovviamente il senso lato di *gubernaculum* e non quello tecnico di “esecutivo”) le diverse varianti possibili dell’architettura istituzionale in uno stato rappresentativo (non necessariamente democratico) a poteri divisi, ciascuna delle quali caratterizzata da un particolare complesso di rapporti tra gli organi dotati di funzioni propriamente politiche, principalmente il parlamento e il governo (questa volta nel senso tecnico di *cabinet*). Le classificazioni delle forme di governo sono molte e più o meno complicate; le classi principali che compaiono nella maggioranza di esse sono il parlamentarismo e il presidenzialismo.

La democrazia è (meglio: è sensato e opportuno riservare il nome di democrazia a) quel tipo di regime in cui tutti gli individui sottoposti alle decisioni collettive sono titolari in egual misura dei diritti di partecipazione politica. Detto in altro modo: tutti i cittadini passivi, coloro che hanno l’obbligo politico di obbedire alle norme della collettività, devono essere cittadini attivi, titolari del *ius*

activae civitatis. In una democrazia (di specie) rappresentativa, il primo dei diritti politici è il diritto di voto, o meglio il diritto di elettorato attivo e passivo, e questo diritto deve essere distribuito a tutti i destinatari delle decisioni politiche – cioè a tutti i consociati, le persone conviventi e inserite nel tessuto della società regolata da leggi e norme che promanano dalle decisioni politiche –, senza discriminazioni. Emerge qui evidente il problema del criterio di attribuzione di questo diritto, che tendenzialmente viene a coincidere con il criterio per il conferimento dello *status* di cittadino; ma sappiamo bene che i criteri più diffusamente adottati hanno tutti, quale più quale meno, effetti discriminanti. Non basta: il voto di ciascun cittadino deve avere *peso* eguale a quello di ogni altro. Ciò comporta che i vari espedienti di ingegneria elettorale adottati un po' dappertutto, in nome della cosiddetta governabilità, per alterare l'eguaglianza di peso dei voti individuali che concorrono a determinare la composizione dei parlamenti sono una violazione dei diritti politici costitutivi della democrazia, e dunque una lesione della stessa democrazia¹⁸. Inoltre: le convinzioni e opinioni in base alle quali il cittadino orienta non solo le proprie scelte elettorali, ma tutti i propri atti di partecipazione politica, debbono potersi formare in situazione di libertà, ossia in assenza di limitazioni e condizionamenti distorsivi. E ciò configura come diritto (immediatamente) politico il diritto all'informazione – attivo e passivo, e oggi potremmo aggiungere interattivo – libera e plurale; ne segue che l'esistenza di monopoli od oligopoli dei mezzi di informazione e persuasione, così come la presenza di ostacoli e impedimenti al libero accesso alle reti informative, o di filtri e condizionamenti alla loro fruizione, violano un diritto politico e danneggiano la democrazia. Ancora: la libertà di autodeterminazione politica dei cittadini deve potersi esercitare su una gamma di alternative sufficientemente ampia da consentire a ciascuno di riconoscersi in un orientamento preciso; il che esige almeno che sia consentito e protetto il pluralismo dei partiti, associazioni e movimenti politici. Ne segue che là dove si punta, con vari accorgimenti istituzionali, a ridurre la dialettica politica a duelli maggioritari, la libertà del cittadino viene compressa e talora soffocata.

Le regole del gioco, che disciplinano la titolarità e l'esercizio dei diritti politici, rappresentano le condizioni (in senso logico) alle quali un regime è riconoscibile come democratico, ossia come un regime di autodeterminazione collettiva¹⁹. Il regime è democratico se e finché tali regole sono rispettate; se vengono alterate o applicate in maniera scorretta, non coerente con i principi democratici di eguaglianza e libertà politica, violando o snaturando i diritti politici dei cittadini, si comincia a giocare ad un altro gioco. Per questo, se un regime democratico vuol *rimanere* tale, le regole che stabiliscono le *condizioni* della democrazia – cioè le regole *costitutive* del gioco, che sono tali in quanto riguardano i diritti politici e quindi la formazione democratica della volontà politica – devono considerarsi sottratte anche alle alterazioni eventualmente prodotte da una decisione all'unanimità (che si configurerebbe come una sorta di suicidio di massa della democrazia); e perciò, *a fortiori*, indisponibili al potere delle maggioranze qualificate variamente richieste nei diversi ordinamenti per la revisione delle norme costituzionali.

Ma il rapporto tra la democrazia e i diritti fondamentali non concerne soltanto i diritti politici, bensì abbraccia anche altri tipi di diritti fondamentali, che della democrazia costituiscono le *precondizioni*²⁰: in primo luogo, i quattro grandi diritti di libertà dei moderni, come li chiama Bobbio, ossia la libertà personale, la libertà di opinione e di manifestazione del pensiero, la libertà di riunione, la libertà di associazione. Questi diritti, spiega Bobbio,

¹⁸ Come è stato riconosciuto anche dalla sentenza n. 1/2014 della Corte Costituzionale, che ha dichiarato l'incostituzionalità di varie parti della legge elettorale Calderoli.

¹⁹ Sulle condizioni della democrazia, mi permetto di rinviare a BOVERO 2009; BOVERO 2010a.

²⁰ Sulle precondizioni della democrazia, oltre ai testi indicati sopra nella nota 19, rinvio a BOVERO 2010b.

«sono il *presupposto necessario* per il corretto funzionamento degli stessi meccanismi prevalentemente procedurali che caratterizzano un regime democratico. Le norme costituzionali che attribuiscono questi diritti non sono propriamente regole del gioco: sono regole *preliminari* che permettono lo svolgimento del gioco»²¹.

In questo senso si può dire che, se le regole del gioco rappresentano le *condizioni* della democrazia, i diritti di libertà ne sono le *precondizioni indispensabili*: in quanto tali, inviolabili e inalterabili, anche da parte del potere di revisione costituzionale, se si vuole evitare che mediante l'esercizio di tale potere vengano poste le premesse per instaurare un regime non più (riconoscibile come) democratico, che della democrazia conservi solo le apparenze esteriori. Senza la garanzia dell'immunità personale per elettori e candidati, senza la garanzia delle libertà di opinione, di riunione, di associazione, una competizione elettorale a suffragio universale non è altro che una messinscena ingannevole.

Nelle precondizioni della democrazia si devono comprendere anche *alcuni determinati diritti sociali*: in primo luogo, il diritto all'istruzione, inteso come diritto all'educazione del cittadino, senza la garanzia del quale appare inutile assicurare agli individui le condizioni oggettive di una scelta politica libera; in secondo luogo, il diritto alla sussistenza, senza la garanzia del quale si va incontro al pericolo, già additato da Rousseau, che qualcuno ceda alla tentazione di vendere il proprio voto, così riducendo il proprio diritto fondamentale politico ad un diritto patrimoniale. Questi diritti rappresentano, a mio giudizio, le indispensabili precondizioni *sociali* delle precondizioni *liberali* della democrazia. Così come i diritti politici di partecipazione democratica risulterebbero vanificati dall'assenza di garanzie per i diritti all'immunità personale, alla libera manifestazione del pensiero, alla libera riunione e associazione; allo stesso modo, le grandi libertà dei moderni rimarrebbero virtuali e svuotate del loro senso *politico*, ossia private della loro funzione *democratica*, in mancanza di garanzie per il diritto all'istruzione, oltre che all'informazione libera e plurale, e ad un minimo assicurato di risorse per la sussistenza²².

Dal punto di vista della preservazione di un regime democratico, questi specifici diritti fondamentali, sia liberali sia sociali, insieme ai diritti politici di partecipazione alla formazione delle decisioni collettive, dovrebbero essere considerati diritti "supercostituzionali", come suggeriva Piero Calamandrei già nel 1946²³, cioè per l'appunto sottratti al potere di revisione costituzionale: ma non già perché siano riconoscibili come (presunti) «diritti naturali» o come valori assoluti ed eterni; bensì perché valgono nel loro complesso come *precondizioni* (diritti liberali e sociali) e *condizioni* (diritti politici) *necessarie* della democrazia.

4. *Lo spirito del tempo. Dal crepuscolo all'alba*

In tutte le costituzioni vi sono principi riconosciuti (più o meno) esplicitamente come intangibili, ai quali le supreme corti si richiamano in determinate circostanze, nelle loro sentenze più importanti, per preservare la stabilità e la continuità dell'ordinamento.

Ciò nonostante, negli ultimi decenni il paradigma stesso della democrazia costituzionale, questa grandiosa costruzione della cultura politica e giuridica occidentale del secondo dopoguerra – una cultura attraversata da una pluralità di orientamenti contrastanti ma animata dalla convergente reazione morale all'era delle tirannie che aveva funestato la prima metà del XX secolo – è stata attaccata ed erosa; ed ora appare lesionata e delegittimata. Come se l'età dei diritti e della democrazia avesse

²¹ BOBBIO 1984, 6s.

²² Rinvio di nuovo a BOVERO 2010b.

²³ CALAMANDREI 1946.

smarrito la propria ispirazione, avesse perduto la propria anima, come se lo spirito del tempo soffiasse ormai in un'altra direzione. I diritti fondamentali si sono rivelati diritti deboli, incapaci di reggere alle offensive dell'ideologia dominante e trionfante, quel neo-liberalismo che Luciano Gallino ha additato come l'ideologia totalitaria del nostro tempo²⁴. Un'ideologia per sua natura ostile all'idea stessa di diritti fondamentali, e insieme refrattaria alla democrazia. La mercatocrazia totalitaria non può evidentemente tollerare diritti sottratti al mercato. Fin dalle origini della sua influenza determinante sui governi più potenti del mondo – il primo governo Thatcher è del 1979, il primo mandato Reagan è del 1981 – l'ideologia neo-liberale ha posto l'obiettivo strategico di abolire limiti e vincoli all'agire economico capitalistico, e in Europa di espungere la garanzia dei diritti sociali dall'agenda politica. Ma non solo: almeno dopo l'11 settembre (se non prima), anche i diritti di libertà, le quattro grandi libertà dei moderni, sono stati attaccati ed erosi, di fatto declassati dal rango di diritti fondamentali, considerati disponibili e convertibili in altro. Si ricordi la fortuna che ha avuto nella pubblicistica la sciagurata figura dello “scambio tra libertà e sicurezza”. Una fortuna che sfortunatamente si è rinnovata dopo gli attentati terroristici a Parigi del novembre 2015, contagiando i vertici del governo francese e orientando le loro decisioni.

Quanto ai diritti politici, su cui la democrazia si basa, fin dal famoso *Rapporto alla commissione trilaterale* di Crozier, Huntington e Watanuki – che si può considerare il documento fondativo dell'ideologia neo-liberale²⁵ – l'atteggiamento consigliato alle classi dirigenti è stato quello di neutralizzarne gli effetti: e cioè di snaturare la democrazia, togliendo potere agli organi rappresentativi, i parlamenti, per impedire che rispondano alle richieste dei cittadini con promesse di spesa, e per questo imponendo agli stati il vincolo dell'equilibrio di bilancio²⁶; e rafforzando invece i poteri di vertice, gli esecutivi, da affidare in sapienti mani tecnocratiche, rigorose nell'obbedire agli imperativi del capitalismo globale. Un capitalismo avvitato in una crisi assurda e spaventosa, che tuttavia si salva ed anzi si rafforza accrescendo il malessere sociale, gettando nella disperazione intere popolazioni; e tacitando le proteste democratiche con l'abbraccio mortale dei cosiddetti aiuti economici. La Grecia insegna. L'età dei diritti e della democrazia, nonostante i moti di indignazione, di resistenza, di ribellione, ci sembra ormai al tramonto.

Forse la visione di Bobbio era, inconsapevolmente, crepuscolare, come quella che secondo Hegel è propria della grande filosofia: la visione della civetta, la nottola di Minerva che inizia il suo volo sul far della sera e col suo sguardo acuto riesce a cogliere e rappresentare la figura di un mondo e di un tempo che ormai si è compiuto²⁷. Una visione, quella dell'età dei diritti e della democrazia, che è ancora la nostra, che ancora facciamo nostra, ma accompagnata, per noi, da una sorta di malinconica consapevolezza del suo svanire, e dal timore del buio. Non riusciamo a cogliere nuovi profili, nuovi colori. Per questo, forse, abbiamo una visione in negativo, una rappresentazione del nostro mondo e del nostro tempo per difetto, per sottrazione: diritti *deboli*, democrazie *fragili*...

Eppure, non riusciamo a smettere di credere nei principi in cui abbiamo creduto e ancora crediamo. Ci ostiniamo a credere che bisogna superare la debolezza e la fragilità, non i diritti e la democrazia. Che riceveranno da altri, dalle più giovani generazioni, nuovo vigore, magari in altre forme, con altri colori, all'alba di un nuovo giorno.

²⁴ GALLINO 2011, 107-112.

²⁵ CROZIER et al. 1975.

²⁶ All'argomento, la rivista *Teoria politica* (n. s.) ha dedicato una sezione del vol. V, 2015, intitolata *La questione sociale, oggi*.

²⁷ Cfr. HEGEL 1987, 17: la filosofia, come pensiero del mondo, «appare soltanto dopo che la realtà ha compiuto il suo processo di formazione». «Quando la filosofia dipinge a chiaroscuro [*Grau in Grau*: grigio su grigio, vecchio su vecchio], allora una figura della vita [*eine Gestalt des Lebens*] è invecchiata, e dal chiaroscuro essa non si lascia ringiovanire, ma soltanto conoscere». Sulla metafora hegeliana raccomando lo straordinario libro di BODEI 2014.

Riferimenti bibliografici

- BOBBIO N. 1990. *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990.
- BOBBIO N. 1984. *Il futuro della democrazia*, 3 ed., Torino, Einaudi, 1995.
- BOBBIO N. 1999. *Teoria generale della politica* (a cura di M. Bovero), Torino, Einaudi, 1999.
- BODEI R. 2014. *La civetta e la talpa*, Bologna, Mulino, 2014. Nuova versione rielaborata e accresciuta di *Sistema ed epoca in Hegel*, Bologna, il Mulino, 1975.
- BOVERO M. 2005. *Derechos, deberes, garantías*, in CARBONELL M., SALAZAR P. (eds.), *Garantismo*, Madrid, Trotta, 2005, 233 ss.
- BOVERO M. 2009. *La democrazia e le sue condizioni*, Modena, Notizie editrice, 2009.
- BOVERO M. 2010a. *La democracia y sus condiciones*, in «Revista de la Facultad de Derecho de México», LX, 253, 2010, 11 ss.
- BOVERO M. 2010b. *Democrazia al crepuscolo?*, in ID., PAZÉ V. (eds.), *La democrazia in nove lezioni*, Roma-Bari, Laterza, 2010, 3 ss.
- BOVERO M. 2012. *Elezioni e democrazia. Sul principio di maggioranza*, in «Teoria politica», n. s., Annali II, 2012, 293 ss.
- CALAMANDREI P. 1946. *L'avvenire dei diritti di libertà*, Introduzione a RUFFINI F., *Diritti di libertà*, 2 ed., Firenze, La Nuova Italia editrice, 1975.
- CROZIER M.J., HUNTINGTON S.P., WATANUKI J. 1975. *La crisi della democrazia. Rapporto sulla governabilità delle democrazie alla Commissione trilaterale*, Milano, F. Angeli, 1977.
- FERRAJOLI L. 1990. *Diritto e ragione*, Roma-Bari, Laterza, 1990.
- FERRAJOLI L. 1998. *Diritti fondamentali*, in «Teoria politica», XIV, 2, 1998, 3 ss.
- FERRAJOLI L. 2001. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (a cura di E. Vitale), Roma-Bari, Laterza, 2001.
- FERRAJOLI L. 2007. *Principia juris. 1. Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- FERRAJOLI L. 2010. *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», LV, fasc. 3, 2010, 2771 ss.
- GALLINO L. 2011. *I confini flessibili tra politica ed economia*, in «Teoria politica», n.s., Annali I, 2011, 107 ss.
- GARZÓN VALDÉS E. 2011. *Che cosa direbbe Bobbio della democrazia attuale?*, in BOVERO M. (ed.), *Il futuro di Norberto Bobbio*, Roma-Bari, Laterza, 2011, 35 ss.
- GUASTINI R. 1994. *Diritti*, in ID., *Distinguendo*, Giappichelli, Torino, 1996. Originariamente in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (a cura di), *Analisi e diritto 1994*, Giappichelli, Torino, 1994.
- HEGEL G.W.F. 1987. *Prefazione a Lineamenti di filosofia del diritto* (a cura di G. Marini), Roma-Bari, Laterza, 1987.
- PINTORE A. 2003. *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- RUIZ MIGUEL A. 2003. *Costituzionalismo e democrazia*, in «Teoria politica», XIX, 2-3, 2003, 73 ss.
- SALAZAR P. 2006. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

PIERLUIGI CHIASSONI

Protecting Freedom of Conscience in a Constitutional State

ABSTRACT

Constitutional states are committed to the protection of freedom of conscience and religious freedom. Such commitment, however, is problematical on two counts. To begin with, it requires the solving of delicate, conceptual, protecting-what, problems; these have to do with the very notions of freedom of conscience and religious freedom, the exact content of the two liberties, and their mutual relationships. Furthermore, it requires the resolution of strategic, protecting-how, problems, concerning the identification of the most appropriate means to the task. The paper contains, accordingly, two parts. In the first one, it argues for coping with conceptual issues on the basis of a liberal, individualistic, conception of freedom of conscience. In the second one, it provides an outline of a doctrine for the protection of freedom of conscience in a religious society, which advocates the granting of a general right to conscientious objection, both in a negative and in a positive variety.

KEYWORDS

Conscience, freedom of conscience, religious freedom, constitutional state, right to conscientious objection

PIERLUIGI CHIASSONI*

Protecting Freedom of Conscience in a Constitutional State

1. *Preface* – 2. “Conscience”, “Freedom of Conscience” – 3. *Freedom of Conscience and Religious Freedom* – 4. *Rejecting the Special Status Claim* – 5. *Religious Freedom: A Cluster of Rights* – 6. *Taking Stock* – 7. *The Problem of Effective Protection of Freedom of Conscience in a Religious Society: Strengthening the Democratic Process* – 8. *The Problem of Effective Protection of Freedom of Conscience in a Religious Society: An Integrated Doctrine of Constitutional Protection* – 9. “Conscientious Objection”: *Unlawful Resistance v. Constitutional Entitlement* – 10. *A General Right to Conscientious Objection? Overcoming Sceptical Stings* – 10.1. *The Argument from International Law* – 10.2. *The Pointlessness Argument* – 10.3. *The Consequentialist Arguments from Anarchy and Damage to General Welfare* – 10.4. *The Procedural Drawbacks Argument* – 11. *Two Varieties of the Right to Conscientious Objection: Preliminary Remarks* – 12. *The Right to Negative Conscientious Objection: Two Exemplary Cases* – 13. *The Right to Positive Conscientious Objection: Two Exemplary Cases* – 13.1. *Bringing a Kirpan to School* – 13.2. *Living Wills in Freedonia* – 14. *Final Remarks*

1. *Preface*

The main concern of this paper is a problem of constitutional engineering. The problem consists in devising how a constitutional state can provide adequate protection to freedom of conscience and religious freedom, with particular attention paid to the condition of individuals that happen to live in a religious society: that is to say, in a society where the cultural and political influence of religious groups, organizations and institution is a pervasive and conspicuous phenomenon.

It goes without saying that such protecting-how problem cannot be treated properly, unless the object of protection is precisely identified: unless, in other words, the protecting-what problem has been previously coped with and somehow settled. To be sure, this latter problem could be skipped if there were a widespread consent, among scholars, upon the notions of freedom of conscience and religious freedom. Unfortunately, however, that seems not to be the case. Accordingly, my paper contains two parts. The first part is dedicated to defining a notion of freedom of conscience and religious freedom in a way that is suitable to a constitutional state coherently inspired by the principles of liberalism¹. The second part contains the outline of an integrated doctrine for the protection of

* Professor of Jurisprudence, Tarello Institute for Legal Philosophy, Department of Law, Università di Genova. Email: pierluigi.chiassoni@unige.it.

The present paper represents an evolution and refinement of previously published ones. It was discussed at the annual conference of the Serbian section of the IVR (Belgrade, 24-25 October 2014) and, in a revised form, at the 1st Palermo Graduate Workshop “Human Rights and Democracy” (Palermo, 11-13 November 2015). It has been further revised and updated for the present publication. I wish to thank the participants to the two mentioned events for their helpful comments.

¹ Very roughly speaking, two principles may be singled out as paramount to liberalism: the principle of equal superiority (or “equal sovereignty”) and the harm principle. According to the first principle, each individual is morally

freedom of conscience and religious freedom, by a constitutional state, in a religious society. As we shall see, such an integrated doctrine purports to combine a doctrine of the sphere of individual privacy (reserved space, space of inviolability, *coto vedado*) with a general right to conscientious objection, considered both in a negative and in a positive variety.

I

Protecting-What

2. “Conscience”, “Freedom of Conscience”

By the term “conscience”, as it occurs in ordinary discourse, we may understand two different, though related, things. On the one hand, “conscience” stands for each individual’s own moral code. This amounts to the set of (fundamental, ultimate) moral standards and convictions governing the practical life of the individual. On the other hand, “conscience” also names the intellectual faculty by means of which each individual identifies – establishes, precisifies, revises, updates, etc. – the moral code governing his practical life. At any time in the life of an individual, conscience as a moral code (*conscience-code*) is, accordingly, the output of conscience as a moral faculty (*conscience-faculty*)².

The two senses of “conscience” go somehow intertwined in everyday, ordinary speech³. Indeed, we are all familiar with expressions like “My conscience forbade me to do that”, “I will act according to the dictates of my conscience”, “The voice of my conscience tells me not to do that”, “If you do that, your conscience will persecute you for the rest of your life”, etc.

Terms like “dictates”, “voice”, and “persecution” denounce an archaic mode of thinking, still afoot, characterized by a primordial animism inclined to personification, which turns the faculty of conscience into an “agent”, endowed with its own life, that lives inside of each individual as an exacting guest. This way of thinking goes along with a few, well-known, images about how the faculty of conscience works. First, conscience is, to any individual, the “never sleeping” interior *surveyor* that scrutinizes each and every thought and action of hers. Second, conscience is, to any individual, the interior inflexible *drill-sergeant* issuing commands for any situation of practical life. Third,

superior (“sovereign”) in relation to the social bodies and institutions where she happens to be involved in the different stations of her life. The second principle sets the proper borders of each individual’s superiority (“sovereignty”) by establishing the requirement that individual actions ought never to do harm to others. See MILL 1859, ch. I.; FEINBERG 1984, *General Introduction*.

² A short but worthwhile history of “conscience” in Western culture is offered in VIANO 2011, 16 ff. For a longer history, from the sixteenth to the nineteenth century, see ANDREW 2012. As to the notions of “conscience”, see, e.g.: DENT 1998, 579: conscience as the set of «fundamental moral convictions by keeping to which they [persons] retain a sense of their moral integrity and decency as people»; SAPIR, STATMAN 2005, 472: «The notion of conscience refers to a person’s innermost normative beliefs; those that constitute his or her personal identity»; MACKLEM 2006, 68: «Anything that we believe we have reason to do may, under the correct conditions, become a matter of conscience for us»; 113: «The claims that conscience makes upon us do not simply add to the repertoire of reasons before us. Rather, they are mandatory reasons, that tell us to follow their direction, and correspondingly exclude considerations of the other reasons that are relevant to the decision before us and that would otherwise determine its outcome»; and 116, where conscience, as rational conscience, is presented as the seat of men’s “critical spirit” in selecting the reasons for doing what is better («one of the central functions of conscience is to preserve us from the unfounded claims of motive and attachment»); GALEOTTI 2008, 2, where “conscience” is defined as «a set of private or non-public reasons»; NUSSBAUM 2008, 19: «the faculty in human beings with which they search for life’s ultimate meaning».

³ *The Concise Oxford Dictionary* defines “conscience” as the «moral sense of right and wrong», where “sense” suggests, at the same time, the faculty by which we get to know what is morally right or wrong as if by sensation, and the output of the exercise of such faculty.

conscience is, to any individual, the interior *wise shepherd*, who leads her to do the right and abstain from the wrong (“the goads of conscience”). Fourth, and last, conscience is, to any individual, the interior *authority* that, acting at the same time like an *incorruptible judge* and a *punctual executioner*, pronounces upon her infringements and inflicts the corresponding, inescapable, torments.

All these images from our everyday, archaic, mode of thinking go along with the idea according to which the faculty of conscience speaks the truth. Far from being casual, arbitrary, or even whimsical, the dictates of conscience do mirror moral precepts that are *objective* (not-subjective), *absolute* (not-relative to some moral point of view among others), and *binding* (not-optional for the addressee). From this standpoint, accordingly, conscience acts as an organ of *hetero-direction* of individual actions: it works, in other words, as a sort of ethical *microchip* that, at any time, conveys to individuals the heteronomous – external and automatically binding – directives of true morality⁴.

One more piece is needed in order to complete this very swift account of conscience in our archaic, everyday, thinking. According to the ministers of institutional moralities – like, e.g., the ministers of certain institutionalized religions – the dictates making up each individual’s conscience, in order to be truly objective, absolute, and binding, must pass the test of institutional moral experts who tell people, authoritatively, *how* the dictates of conscience are properly to be understood and acted upon. Individual conscience, if left to her loneliness, may err. This means that each individual’s faculty of conscience, in order to work correctly, must defer to the pronouncements of such institutional moral experts: it must become, in other words, the organ of an *authoritarian hetero-direction* of individual conduct.

The authoritarian-heteronomous conception of conscience (-code and -faculty) characterizes mainstream medieval Christian thought. It represents accordingly, so far as Western culture is concerned, the orthodox conception of conscience. Modernity comes with the transition from such an orthodox, authoritarian-heteronomous conscience, to a heterodox, individualist, autonomous, conscience. It is worthwhile distinguishing two stages in this process.

The first stage is characterized by a conception of the faculty of conscience that combines the heteronomy of moral standards with an anti-authoritarian, individualist attitude. This is the stage of protestant conscience. Here, the faculty of conscience is still the vehicle of heteronomous, objective, automatically binding standards of behaviour: the faculty through which each agent comes to know what she really ought to do. However, each individual is now considered as entrusted with the delicate task of being the sole authorized interpreter of true moral requirements: each individual is the only agent competent to establish what those standards require, so far as her conduct is in order, without any interference from intrusive, unwanted, meddling moral experts provided by authoritarian institutions⁵. Each individual becomes, we may say, a genuine, though not yet a “full right”, *moral*

⁴ An example of such a view can be seen in some verses of John Milton, *Paradise Lost*: «And I [God] will place *within* them [men] *as a guide/My Umpire Conscience*» (quoted by WALZER 1970, 121, italics added). According to ANDREW 2012, 51: «Milton has God place a divine lighthouse within the human soul that can illuminate the way to safe harbour and emit sounds to warn us of the dangerous rocks».

⁵ A heteronomous, but individualist and anti-authoritarian conception of conscience appears in the words pronounced by Martin Luther at the Diet of Worms, on April 18, 1521: «Nisi convictus fuero testimoniis Scripturarum aut ratione evidente (nam neque Papae neque Conciliis solis credo, cum constet eos errare saepius et sibi ipsis contradixisse), victus sum Scripturis a me adductis captaque est conscientia in verbis Dei: revocare neque possum neque volo quidquam, cum contra conscientiam agere neque tutum sit, neque integrum. Hier stehe ich. Ich kan nicht anders. Gott helff mir. Amen» (quoted by PASSERIN D’ENTRÈVES 1970-71, 46, n. 9; see also ANDREW 2012, 15 f.). In another basic passage, Luther claims that: «In the consciences [of humans] God wants to be alone, and wants that only his word should reign» (quoted by RUFFINI 1901, 37). SAPIR, STATMAN (2005, 473 f.), quote, following ANDREW (2001), the following passage by Luther: «I lift my voice simply on behalf of liberty and conscience, and I confidently cry: No law, whether of men or of angels, may rightfully be imposed upon Christians without their consent, for we are free of all laws». From it they assume to get evidence for a Protestant conception of conscience, that would be

subject: an agent personally responsible for the correct knowledge, interpretation and application of the fundamental moral standards that ought to regulate her life⁶.

The second stage in the transition from medieval, authoritarian-heteronomous conscience, is characterized by conceiving the faculty of conscience as having to do, not only with the identification of the basic moral standards of an individual, but also, and primarily, with establishing their binding force upon him. This is the stage of autonomous conscience. The faculty of conscience becomes the tool by means of which each individual makes use of his *moral autonomy*: that is to say, she exercises the moral power of establishing which standards are to be binding in her practical life. Individuals do not necessarily create the basic standards governing their practical life, so far as their content goes. But, in any case, such standards are binding for them if, and only if, by exercising their moral autonomy, they have accepted them by means of a free, ultimate (but usually revisable) choice, as the fundamental precepts of their moral life – as the polar stars for their navigation through the high sea of practical issues⁷.

The authoritarian-heteronomous conception and the individualist-autonomous conception of conscience cast quite different requests upon positive law.

The former requires endorsing an authoritarian conception of freedom of conscience. From this standpoint, freedom of conscience is to be conceived, for each individual, as the freedom to act according to the true dictates of the correct authoritarian heteronomous conscience (-code), as they are publicly expounded and taught by authorized interpreters.

Contrariwise, the individualist-autonomous conception requires the endorsement of a liberal version of freedom of conscience. Here, freedom of conscience is to be conceived as encompassing two dimensions. On the one hand, it is the inner liberty, for each and every individual, to exercise her moral autonomy in creating, selecting, adopting and revising the standards governing the practical dimensions of her life, without suffering any undue external influence. This is the *internal dimension* of freedom of conscience, or freedom of conscience *in foro interno*. On the other hand, it is the outer liberty, for each and every individual, of acting and living according to the moral standards that, in the exercise of her moral autonomy, she has created, selected, adopted and revised as the standards governing the practical dimensions of her life, without suffering any undue external restraint. This is the *external dimension* of freedom of conscience, or freedom of conscience *in foro externo*⁸.

«essentially individual and subjective», representing «a profoundly subversive and antinomist understanding of the concept of conscience, one that presents a threat to the existing religious, social and political order», since it coincides with «the dictates» of people's «hearts». They also recognise, though, that according to «Luther and Protestant philosophers», «the Divine will is revealed to human beings through their conscience». Accordingly, I think the account I have provided in the text, of a heteronomous, anti-authoritarian and individualist conception of conscience, to be in line with Luther's thought. This notion is individualist but not «subjective»: the «dictates of the heart» do not create moral norms, nor establish their binding force upon an individual; rather, they simply reproduce norms issuing from the will of the deity, norms that men can get to know also by a direct reading of Scripture and by making use of their reason. Indeed, as ANDREW (2012, 8) makes clear, «Protestant conscience» is «yoked [...] to Christian standards of good and evil».

⁶ The knowledge of the right principles of human conduct automatically “brings with it” the duty to act accordingly. This does not mean, however, that, once the duty has been identified, men be motivated to act in that way.

⁷ In C.S. Lewis's words: «conscience, so to speak, passed from the witness-box to the bench and even to the legislator's throne» (quoted by ANDREW 2012, 4, italics in the text).

⁸ See RUFFINI 1901, 11. The double dimension of liberal freedom of conscience is often overlooked by definitions that only point to what I have called its “external dimension”: «Freedom of conscience» – writes for instance Chaim Ganz, quoted by SAPIR, STATMAN 2005, 475 – «means the freedom to act on the dictates of conscience for the sole reason that they are given by the conscience»; likewise, SAPIR, STATMAN 2005, 476: «How can a person's conscience be offended or violated? The answer is simple: by coercing her to act contrary to her deeply held principles». A

The authoritarian conception of freedom of conscience is incompatible, by design, with deontological individualism and ethical pluralism. It favours moral imperialism, moral paternalism, and the establishment of authoritarian states, usually of religious-theocratic cast. It may accommodate for toleration towards different moral and religious outlooks, but only out of a strategic calculus. It may even promote and justify, in specific cultural and political situations, such evils like social unrest and political violence, subversion, civil war, internal and international terrorism.

By contrast, the liberal conception of freedom of conscience is compatible, by design, with deontological individualism and moral pluralism. It rejects (mere) toleration in favour of a universal individual right to freedom of conscience. It opposes moral imperialism and moral paternalism. It requires the establishment of a democratic constitutional state, so far as possible neutral in matters of conscience and religion⁹. Indeed, it is well known that liberal liberty of conscience also embraces, and protects, the

broader notion, encompassing an internal as well as an external dimension like the ones I have singled out in the text seems, however, fitter to providing effective protection to this fundamental right.

⁹ The proper way of accounting for the neutrality of the liberal constitutional state is still a major issue in political philosophy. It may be useful to recall two positions that have been endorsed in recent literature. MACLURE, TAYLOR (2011, 16 f.) claim that the neutrality of a «secular state» must – by instrumental necessity – be «incomplete»: i.e., it must be characterized by a «minimum of perfectionism», consisting in promoting individuals' moral autonomy at the expense of the authoritarian heteronomous moralities present in the society, if such a political order wishes to be really coherent with the twin substantive principles of political secularism, namely, the principle of moral equality and the principle of moral autonomy. In the same vein MACKLEM (2006, 116-118). By contrast, LEITER (2013, 14 f.), uses the impossibility of liberal neutrality – unlike Maclure and Taylor, without paying attention to the different degrees in which it may be realized – as an argument to claim that the proper way of accounting for the position of the liberal state towards religion is not in terms of “neutrality”, but, rather, in terms of “toleration”. Leiter's view is probably inspired by the goal of providing a realistic picture of the matter. Indeed, he also thinks the very idea of moral autonomy to be, on the face of reality, false. We should not forget, however, that the idea of “toleration” is tied to pre-constitutional regimes, where religions different from the one professed by the state were “tolerated” by acts that, in principle, the sovereign could repeal in any moment. For this reason, depicting the liberal constitutional state of our days as a regime of “toleration” towards religions blurs the lines between structurally different regimes and is, for that very reason, misleading. As Thomas Paine underscores in a celebrated passage of his *Rights of Man* (PAINE 1791, 136 f.): «The French constitution hath abolished or renounced *Toleration*, and *Intolerance* also, and hath established *universal right of conscience*. Toleration is not the *opposite* of Intolerance, but is the counterfeit of it. Both are despotisms. The one assumes to itself the right to with-holding Liberty of Conscience, and the other of granting it. The one is the pope armed with fire and faggot, and the other is the pope selling or granting indulgencies. The former is church and state, the latter is church and traffic». It must be added that Leiter presents liberal toleration as “principled toleration”, that is to say, as toleration justified by moral reasons (LEITER 2013, chs. I and IV). That move too is, to my mind, confusing. If liberals have reasons of principle for granting to every individual a right to freedom of religion – though, to be sure, not an absolute right (but, as we know, absolute rights are a very rare commodity, if not altogether impossible to conceive, as many people like to think) – why should their attitude be downsized to “toleration”? Leiter suggests that “toleration” is a proper way to depict reality, since the “respect” that liberals claim to pay to religions and religious believers cannot be but a “minimal respect” that consists in saying: “Let them do whatever they want, provided they do not do harm to anybody”. I am not sure, however, that liberal respect for religion is so minimal as Leiter claims. Indeed, we may say, liberal respect for religion, though it does not necessarily amount to “appraisal respect” (i.e., respect coming from positive appraisal of religion as such), is more than “minimal” since it reflects, and depends on, an appraisal respect for the moral agents as autonomous agents that, during their life, by exercising their own moral autonomy, may adopt religious beliefs. Accordingly, saying that liberals “tolerate” religion would be a proper way of speaking if, but only if, it would also be a proper way of speaking to say that liberals “tolerate” individuals' moral autonomy. Which sounds utterly weird. Indeed, Leiter seems to provide for religious liberty a non-liberal, prudential, justification, similar to the justification Schauer provides for granting free speech. This is, of course, perfectly in tune with the rules of the intellectual game going under the name of “normative ethics”. To my view, however, it has the disadvantage of grounding some of the constitutional state's most valuable assets on utilitarian reasons. In this way he seems to be taking side against liberalism as a deontological outlook, his avowal of

freedom of each individual to put herself under the direction of some external moral authority: either of a religious, or of a secular, sort. With this sole limit, however: the freedom of each individual to bind herself to the standards of some heteronomous moralities, even to the most authoritarian, strict, and mortifying ones, cannot in any case involve the right to coerce others into the same bonds.

The conclusion, which the preceding analysis suggests, can be recounted as follows: when constitutional states commit themselves to the protection of freedom of conscience, they commit themselves to protecting, for each and every subject, the liberal variety of freedom of conscience. This, in turn, represents the legal projection of an individualist, anti-authoritarian, autonomous, conception of conscience. That is indeed a very trivial conclusion. I think, nonetheless, the preceding analysis of mine to be not totally idle. People living in religious societies are constantly exposed to religious people's claims about the *proper* way of understanding conscience and freedom of conscience, to the point of losing sight of the very notions that should inspire the institutions of a genuine constitutional state. My analysis had the – hopefully clarifying – purpose of bringing to the fore the different conceptions of conscience that are at stake, their relationships with positive legal orders, and their institutional projections in terms of individual rights and social peace. In other words, what anybody must endorse, if she wishes to be a subject truly faithful to a constitutional regime.

3. *Freedom of Conscience and Religious Freedom*

In the history of Western political thought and legal institutions, the right to freedom of conscience is tightly connected to the right to religious freedom. Due to the uncertainties surrounding the notions of “conscience” and “religion”, however, the relationships between the two rights (assuming, for the sake of the argument, that they are two separate rights) are far from being settled by a general intellectual consent on clear and univocal terms¹⁰. It goes without saying that any clarification and resolution of indeterminacy problems as to the present issue must depend – if only by way of an un-committed, detached, analytical experiment – on some, previously selected, ethical-normative standpoint. There is indeed no absolutely true notion of freedom of conscience, nor any absolutely true notion of freedom of religion, but only notions and conceptions relative to, and dependent on, specific political philosophies and ethical outlooks. As a consequence, when we come to law, the interpretation of such recurrent phrases like “freedom of conscience” and “freedom of religion” cannot depend but on commitments to some political and moral philosophical outlook.

Now, in very broad, pre-partisan, tautological, terms, religious freedom may be defined as freedom in relation to religious matters. In common sense and ordinary language, “religious matters” concern, at least, the following issues:

1. The existence and properties of supernatural beings (gods, demons, nymphs, the spirits of trees, sources and mountains, the souls of ancestors, etc.);

neutrality notwithstanding (see LEITER 2013, ix f.). In her analysis of the notion of toleration, Letizia GIANFORMAGGIO (1993) provides a further argument not to speak of “toleration” with regard to the position of the liberal state in matters of religion. Toleration – claims Gianformaggio – always satisfies some need – be it also a need arising out of a moral principle – of the tolerating side: it is, in this sense, in the (moral) interest of the tolerating side. Liberal religious freedom, however, belongs to contexts where there is no room for tolerating and tolerated sides, but only for individuals endowed with equal fundamental moral and legal rights. For a penetrating criticism of the standard definition of “toleration”, see also BARONCELLI 1993.

¹⁰ For instance, in *The Oxford Dictionary* “Freedom of conscience” is defined as «The right to follow one's own beliefs in matters of religion and morality».

2. The relationships, if any, between supernatural beings (their will, desire, design, reason, understanding, whim, humour, behaviour, etc.), on the one hand, and the human condition on earth and the afterlife, on the other;
3. The relationships, if any, between supernatural beings (their will, desire, design, reason, understanding, whim, humour, behaviour, etc.) and the conduct of individual human beings, be they believers or not-believers, towards themselves, other humans, non-human animals, the environment, and of course, not least, the supernatural beings;
4. The rules, rituals, ways of worship, teachings, forms of life, etc., issuing directly or indirectly from supernatural beings and their adoption, interpretation, development, and application by believers, as isolated agents or within associative or institutional structures;
5. The forms of life, as defined by rules, rituals, teachings, etc., established by spiritual masters like Buddha, Confucius, etc., and their adoption, interpretation, development, and application by followers, as isolated agents or within associative or institutional structures;
6. The invention, modification, and revision of a form of life, as defined by rules, rituals, teaching, etc., by somebody acting as a spiritual master¹¹.

¹¹ In my definition of “religious matters” I have followed the same approach of William Alston, who, in his *The Philosophy of Language* (ALSTON 1964), uses “religion” as an example of a term referring to a set of family-like-related instances, which is suitable to be defined by means of nine characters combining in clusters to make of some social phenomenon an instance of “religion”. The nine characters are: 1) belief in supernatural beings; 2) a sacred v. profane distinction; 3) ritual acts focused around the sacred; 4) a morality grounded in the sacred; 5) characteristically religious feelings aroused by the sacred; 6) prayer and other forms of communication with sacred reality; 7) a worldview; 8) a relatively total organization of one’s life based upon the worldview; and 9) a social group bound together by the above. In my survey of what I take to be the common sense view of “religious matters”, I am making two claims. First, the term “religion”, as a legal term, is not fit for definitions by means of some discrete set of necessary and sufficient properties. Second, from a liberal standpoint, the proper way to define “religion” is by means of an explanatory definition, or rational reconstruction, that takes into account common sense and linguistic usages, without necessarily deferring to them. This is not, however, a commonly shared view among scholars. For instance, in his book *Why Tolerate Religion?* (LEITER 2013, ch. 2), Brian Leiter purports to set forth a definition of “religion” by means of a set of three necessary and jointly sufficient properties: (1) experienced categoricity of commands; (2) purposive insulation of beliefs from the evidence and reasons governing common sense and scientific knowledge; (3) function of existential consolation. For a careful conceptual criticism, showing that such a definition of religion is unable to single out religion from morality (unless, perhaps, in quantitative terms of degree), see HIMMA 2014. After assuming that the definition of “religion”, as it occurs in constitutional documents, is a «moral question», Timothy MACKLEM (2006, 141, italics in the text) comes to the following proposal: «As far as freedom of religion is concerned [...] *religion refers to the participation in institutions and practices that manifest a freely given personal commitment to a particular set of beliefs, commitment to which is capable of enhancing human well-being; beliefs that are not based on reason alone but are held, at least in part, on the basis of faith*». Accordingly, the rationale of religious freedom would be the protection, for each and every individual, of the value of personal wellbeing connected to beliefs, practices and institutions the adoption of which depends on leaps of faith. If Himma is right, as I think he is, MacKlem’s definition raises the same demarcation problem as Leiter’s (who, by the way, took into account MacKlem’s definition). In the posthumous book *Religion without God*, Ronald Dworkin advocates the replacement of the «troublesome special right» to religious freedom with «the general right to ethical independence»: he suggests that «we treat religious freedom as part of ethical independence», as a «central case of a more general right to ethical independence» (DWORKIN 2013, 144-146). Such a right would be subject to the limits deriving, to put it in my own terms, from a liberal reading of the harm principle. Indeed, considering the *Smith* case, where the U.S. Supreme Court decided that the use of peyote, a notoriously hallucinogenic drug, for religious rituals was not protected by the “Free exercise clause” of the First Amendment to the American Constitution, Dworkin applauds to the decision in the following terms: «The general right does not protect the religious use of a banned hallucinogenic drug when that use threatens general damage to the community» (DWORKIN 2013, 132 ff., 135). Apparently, Dworkin’s general right to ethical independence is tantamount to the liberal right to freedom of conscience and bears to religious freedom the same genus-species relationship I consider in the text. Indeed, from his standpoint, the right to religious freedom can be defined as the specification of the right to ethical independence in relation to religious matters like, e.g., the presence of religious emblems in public buildings, the wearing of religious symbols in public schools, etc. For a juristic approach to religious freedom, from the standpoint of a

Clearly, religious matters embrace a vast array of ontological, epistemological, cosmological, eschatological, anthropological, and moral issues. If we consider such an array of issues from the standpoint of liberalism – the political morality that, as I said, should inspire contemporary constitutional states – the notion of religious freedom can be made more precise by regarding it as conceptually dependent on two more basic freedoms: freedom of thought and freedom of conscience. Religious freedom can be characterized, in this way, as the *specification of the liberal freedom of thought and the liberal freedom of conscience in relation to religious matters*¹². According to this view, very roughly speaking, the ontology, epistemology, cosmology, and eschatology of theistic and non-theistic religions are protected by religious freedom as a specification of freedom of thought; the moral, dress, food, ritual and worship codes of theistic and non-theistic religions may be considered as being protected, instead, by religious freedom as a specification of freedom of conscience.

4. *Rejecting the Special Status Claim*

Believers in theistic religions commonly assume a special status for their claims of conscience, one that would justify the granting of privileged forms of legal protection over the claims of conscience of secular people and, usually, also of people of a different religious creed. In so doing, they raise what, in scholars' jargon, is known as the "special status problem"¹³. Theistic believers usually support their pretence to special status by a mixture of three arguments, namely: an argument from the true god, an argument from tradition and respect for majority's feelings, and, finally, an argument from the bestowal of external benefit¹⁴.

First, theistic believers argue their claims of conscience should be recognized a special status and protection, because those claims give voice to, and reflect, the "true design" of the "true deity" for the whole mankind.

liberal, individualist, and anti-communitarian, uptake of religion, see TAYLOR 2005, providing a commentary upon UN law and the European Convention law, in the light of the practice of their interpretation and application.

¹² In the light of the connection between freedom of thought and freedom of expression, religious freedom may also be understood as freedom of religious expression, that is to say, as freedom of expression in relation to religious matters. On the relationships between freedom of expression and religion, see ATIENZA 2006, who advocates an attitude of radical liberalism, giving legally free wheel to the criticism of religious beliefs, within the limits of respect to persons. See also POST 2007. SAPIR, STATMAN (2005, 478-486) also consider the possibility of seeing the rationale of religious freedom not only in the right to conscience, but also in a "right to culture". The right to religious freedom, from this standpoint, would be the right to the protection of religious communities as *minoritarian* forms of culture important to "the realization of autonomy" and "personal identity" of their members. Obviously, such a right makes sense only for those religious communities that are in fact minority cultures in a society and, in any case, does not give them any «privileged protection compared with other minority cultures». Furthermore, the right, insofar as it requires imposing restrictions to «secular majority», «must be limited to instances where the damage to the religious culture is significant and direct, and where the price to be paid by the majority is not high».

¹³ SAPIR, STATMAN 2005 dismiss the "special status" claim of theistic believers by the following reasoning: provided such a special status would involve giving «a religious conscientious claimant an advantage that does not sit well with the principle of equality», and provided, furthermore, that the rationale for granting such a right must be a non-religious, liberal-secular one, «concerned for the conscience of all people», it seems necessary to come to «the relinquishing of freedom of religion as an independent category» (486 f.). LEITER 2013 and HIMMA 2014 also come to the same conclusion. That is, indeed, a must for any coherent supporter of the constitutional state and liberal liberty of conscience.

¹⁴ These remarks of mine are grounded on the argumentative strategy employed in Italy by top Catholic Church dignitaries during the 1990s and 2000s, up to election of Pope Francis. On later development in the Catholic Church's strategy, see VIANO 2016.

Second, theistic believers argue their claims of conscience should be recognized a special status and protection, because these claims belong to a religious creed and institution which – unlike different religious creeds or secularism – played, and does still play, a peculiar, relevant role in the history, culture, and tradition of the country. Accordingly, the feelings of the (moral, if not statistical) majority of the country would be offended, were such claims not granted the value they deserve.

Third, theistic believers argue their claims of conscience should be recognized a special status and protection, because these claims belong to a religious creed and institution which, by their very existence, would contribute to the well being both of society at large, and of its several members.

Unfortunately for theistic believers, however, from the standpoint of liberalism – the backbone axiology of the constitutional state – these arguments are by no means conclusive. In fact, they can be easily turned down.

The argument from the “true deity”, and its “true callings”, calls for an outright rejection. Indeed, were the government and positive laws of a constitutional state to accept it, they would give up political secularism and neutrality entirely, since they would violate what, in American constitutional law, amounts to the establishment clause. From the standpoint of a liberal constitutional state, concerned with the liberty of conscience and religious liberty of each and every one of its citizens, there are no true or false deities, no true or false divine callings. There are just deities, and divine callings, as believed in and invoked by believers, on the one hand, and doubted upon or denied altogether by non-believers (atheists or agnostics), on the other. The whole religious matter is, and must be regarded as, nothing else than a usually complex, and often thorny, social phenomenon.

The argument from tradition and respect for majoritarian feelings is a subtle way of appealing to the negative side of the equality principle. This requires, as we all know, that different cases should be treated differently¹⁵. It is, presumably, for this reason that the religious majority of a country would feel offended, were the special legal status and protection denied to the claims of conscience it cherishes. From a liberal standpoint, however, matters of conscience and conscientious claims of any sort are to be treated as *timeless*. They are not suitable subjects for the principle of antiquity (*prior in tempore potior in iure*), since they belong to the timeless dimension of ethical principles, where argumentation must stick to substantive reasons. By the same token, theistic claims of conscience cannot claim any special status whatsoever on the basis of their correspondence to majoritarian feelings and attitudes. Indeed, the fact that a claim of conscience is majoritarian in a given society does not make for its special legal value at all. Matters of conscience are *not suitable subjects* for applying the *majority principle*. On the contrary, they (must) belong to the “reserved sphere” the constitutional state must guarantee to each and every individual *against* undue interferences by other people, even though (and precisely because) these people may be majority. Finally, the fact that some people’s feelings may be offended by the denial of a special legal status to their own theistic claims of conscience, even if it is the majority’s feelings, must be considered as devoid of any legal relevance whatsoever. This is so because, from a liberal standpoint, the presumed offence does not amount to any harm in the proper, Millian, sense¹⁶.

¹⁵ The argument from tradition may also be considered, of course, as an appeal to cultural identity: it is, however, an appeal to the “majoritarian” historical and cultural identity of a people. It claims a certain religion ought to be given a privileged legal status because of the prominent, unique, different, role it is assumed to have played in moulding the cultural identity of a people. The appeal to cultural identity, as an argument for special status, turns again on the negative side of the equality principle.

¹⁶ The European Court of Human Rights takes a very prudent attitude on the matter of religious liberty feelings, one that is more in tune with a communitarian conception of religious liberty, than with a liberal one. See TAYLOR 2005, 70 ff.

The argument from the bestowal of benefit, finally, appeals to the pretended benefits that society at large, and each and every individual inside of it, would derive from the very existence of the religious creed and institution to which certain claims of conscience belong. To be sure, whether, and to what extent, particular religions are beneficial to a society is a matter of fact asking for careful empirical inquiry, after the relevant conceptual issues have been settled (Which benefits? To whom? How can we measure them? Etc.). Religions may be beneficial, but they may also not be so¹⁷. Be it as it may, however, from a liberal standpoint, the entire issue must be considered irrelevant as to the special status and protection problem. First of all, even supposing that a certain religion does in fact benefit a society, why should the claims of conscience of its believers be entitled to privileged legal protection? Special protection, notice, is being asked for as a matter of *right*. Now, that right cannot but be a sort of “quasi-contractual” or “trade-off” right: the special protection is, in fact, the *price* asked in exchange for the benefits a certain religion pretends to be bestowing upon a certain society. If that is the case, however, three remarks seem in order. First, religions do something supposedly beneficial to society *by their own initiative* and *in their own interest* (e.g., for proselytism’s sake, for the sake of gaining “souls” to their cause). As a consequence, they cannot claim to have any *legal right* to society’s – and legal order’s – gratitude in the form of a special status for their claims of conscience. Second, religions in a constitutional state do already enjoy of the precious benefit of public protection of religious freedom: they are, in this sense, already compensated for whatever benefit they may bestow on society. Third, the beneficial effects of religion upon a society are uncertain and disputable; contrariwise, the beneficial effects any religion derives from the public protection of religious freedom are solid and certain.

5. *Religious Freedom: A Cluster of Rights*

I have suggested that, from a liberal standpoint, religious freedom may be characterized as the *specification of the liberal freedom of thought and the liberal freedom of conscience in relation to religious matters*. This is, clearly, a quite broad notion. To such notion corresponds, in turn, a *right to religious freedom in a broad sense*, which encompasses a plurality of more specific rights. I would say, more precisely, that the right to religious freedom, if broadly conceived, presents both a *double dimension* and a *four-legged structure*.

To begin with, it is worthwhile distinguishing between the *internal* and the *external* dimensions of religious freedom – as it is worthwhile distinguishing between the internal and the external dimensions of freedom of conscience (as we have seen) and freedom of thought¹⁸. In its *internal dimension*, religious freedom is the liberty, for each and every individual, to adopt, revise, change and reject

¹⁷ According to SAPIR, STATMAN (2005, 470 ff.), this is a dubious factual claim, for people can also point to the *costs* – which may sometimes be very high in terms of social divisions, prejudice, fanaticism, individual suffering and misery – that the presence of religious creeds and institutions may impose upon people and societies, and the balance is by no means clear. Having defined the benefit from religion as amounting to «existential consolation», LEITER (2013, 62-64, 83-85) comes to the conclusion that: «It is not obvious [...] why one should bite the speculative bullet [i.e., endorse the overall beneficial effect of religion to society], *absent an antecedent bias in favour of religion*» (italics added): that is to say, religion is evidently beneficial to religious people, and the claim to universal benefit is probably self-serving.

¹⁸ The double dimension can be read in the basic human rights law instruments, like art. 18 of the UN Universal Declaration of Human Rights (1948), art. 18(1)-(3) of the International Covenant for the Protection of Civil and Political Rights (1967), art. 9(1) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950). See TAYLOR 2005.

beliefs and attitudes concerning religious matters and, particularly, religious forms of life¹⁹. This liberty concerns believing in a theistic religion or in a non-theistic one, embracing agnosticism or atheism, believing or not-believing a certain religious form of life to be truly conducive to such goods as a meaningful existence, eternal life, universal salvation, perfection on earth and beyond, endorsing a religious moral code, etc. To be sure, protecting the internal dimension of religious freedom against undue forms of invasion of, and influence upon, the human mind by public or private powers is by all means necessary. It is not sufficient, however. An adequate protection of religious freedom requires, accordingly, the protection of its *external dimension*: the public expression, alone or together with other people, of one's beliefs and attitudes concerning religious matters, the public exercise of religious rituals, the public abiding by religious rules, practice, worship, and teaching (concerning, for instance, food, garments, holidays, education, sex, etc.).

The liberal right to religious freedom in a broad sense, however, exhibits not only an internal and an external dimension, along the same lines as freedom of conscience, as we have just seen. It may also be characterized, from the standpoint of its content, as presenting a *four-legged structure* that cuts through the two dimensions. In perhaps clearer terms, the right to religious freedom in a broad sense is a complex right, which, at a lower level of abstraction, amounts to the combination of two pairs of articles: on the one hand, the right to freedom *of religion*, together with the correlative right to freedom *from non-religion*; on the other hand, the right to freedom *of non-religion*, together with the correlative right to freedom *from religion*.

The right to freedom *of religion* is the right of leading a religion-informed life. It concerns, paradigmatically, the adoption of some theistic or non-theistic religion and the public expression and exercise of its rituals, practices, worship, teachings, observances, etc.²⁰. Complementary to this right is the right to freedom *from non-religion*. This is the right of people adhering to some religious creed to be free from the undue interferences of either the secular, or the differently religious, beliefs of other people, upon their own form of life; it is, in other terms, the liberty from suffering undue forms of imposition coming either from people of non-religious allegiance, or from people entertaining different religious beliefs.

Contrariwise, the right to freedom *of non-religion* is the right of leading a religion-free life. It concerns, paradigmatically, the rejection of any theistic or non-theistic religion, the adoption of an atheist, agnostic, secular form of life, and the public expression and exercise of its principles, rules, and teachings. Complementary to this right is the right to freedom *from religion*. This is the right of secular people to be free from the interferences of other people's religious beliefs upon their own form of life; it is the liberty from suffering the imposition of other people's religious beliefs, rules, teachings, worships and rituals in their everyday life, which is usually sponsored by institutionalized churches and powerful religious groups and associations²¹.

¹⁹ In the terms of human rights instruments: «freedom to change [one's] religion or belief» (art. 18 of the UN Universal Declaration of Human Rights; art. 9(1) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms); «freedom to have or adopt a religion or belief of [one's own] choice» (art. 18(1) of the International Covenant for the Protection of Civil and Political Rights).

²⁰ According to art. 18 of the Universal Declaration of Human Rights, for instance, the «right to freedom of religion» includes the «freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion [...] in teaching, practice, worship and observance». Similar clauses are contained in the International Covenant on Civil and Political Rights (art. 18(1)) and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (art. 9(1)).

²¹ The rights of freedom from non-religion and freedom from religion may be read, for instance, in art. 18(2), of International Covenant on Civil and Political Rights: «No one shall be subject to coercion that would impair his freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice». See also the U.N. Declaration on the Elimination of all

In an essay published some years ago, Sapir and Statman consider the right to freedom from religion, claiming that it should be understood narrowly. They see its proper scope as that of a right providing protection to «secular people», from being «forced to perform an act, or to participate in a ceremony, of a clearly religious nature», whenever such a coercion consists in forcing them to perform behaviours that make them «feel [...] alienated from themselves», being «forced to behave in a manner that is inauthentic and against their integrity»²². For instance, they say, such right would protect secular people from being coerced into entering in a religious marriage²³.

Sapir's and Statman's characterization of the right to freedom from religion has the evident merit of aiming at determinacy and precision. I think, nonetheless, that their notion of freedom from religion is unfit to providing "secular people", as they call them, with a level of protection adequate to the requirements of a liberal constitutional state. In fact, their definition proves to be unduly narrow on two counts.

First, according to Sapir and Statman, as we have seen, the act or ceremony which secular people are forced to perform must be «of a clearly religious nature». Now, this condition can be read either in a narrow, or a broader, way. On the narrow reading, an act or ceremony is "of a clearly religious nature", if, and only if, it is prescribed by the ritual code of a given religion. Being forced into performing a Catholic marriage or attending a Catholic mass would be clear examples to the point. On the broader reading, contrariwise, an act or ceremony is "of a clearly religious nature" not only if it is required by some religious code expressly supported by positive law, but also if it is required by religiously inspired positive laws: that is to say, by laws the content of which, under the pretence of neutrality, tacitly endorses the moral and/or ritual dictates of a given religion or set of religions. I suspect that Sapir and Statman do opt for the narrow reading of the "clearly religious nature" condition. In so doing, however, their notion of freedom from religion leaves secular people defenceless from the imposition of acts or ceremonies required by positive laws that tacitly endorse the moral and/or ritual dictates of a given religion or set of religions. From the standpoint of liberal religious freedom, the wider reading of the "clearly religious nature" condition is, accordingly, to be selected, so as to encompass all the forms of coercion to perform acts, or participating in ceremonies, required by religiously inspired laws. Provided one endorses this wider notion, it is still an open question whether negligible forms of coercion (like, e.g., not be served a certain food, or not be allowed to go through a certain road, at a certain time) should enjoy of constitutional protection.

Second, Sapir's and Statman's notion of freedom from religion takes into account only one kind of religiously dependent norms. As we have seen, these are the positive-duty prescriptions that require

Forms of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief (November 25, 1981), the U.N. Resolution on Elimination of all Forms of Religious Intolerance (December 20, 1993), and, more recently, the U.N. Resolution on Elimination of all Forms of Religious Intolerance (March 16, 2009). In his account of "freedom from religion", Ermanno VITALE (2004, 99 ff.) emphasizes the state-duty side of it, seeing it as the duty of the state to make sure that each and every individual be able to exercise a genuine freedom of choice as to religious matters («remove the socio-cultural obstacles to each and every individual's free choice concerning his position in matter of religion»). Among the means to fulfil such duty, Vitale suggests the introduction in school curricula of the teaching of "history of religions and critique of religion". During the XIX century, the secular state characterized itself precisely by the adoption of a set of measures aimed at freeing individual from unwanted religious interferences with their lives. Such measures include, for instance, the establishment of public registers of births and deaths, public schools, civil marriage (as an alternative to religious marriage), public welfare (as an alternative to private charity), and public cemeteries.

²² Contrariwise, «Coercion of other behaviours – such as refraining from serving non-kosher food at some party, or refraining from driving a car through a certain route – cannot be interpreted as a violation of freedom of conscience, and, in such circumstances, constitutional protection on the basis of freedom from religion cannot be claimed» (SAPIR, STATMAN 2005, 502).

²³ SAPIR, STATMAN 2005, 502, 506-508.

people «to perform an act, or to participate in a ceremony, of a clearly religious nature». However, religiously inspired laws may harm secular people also by means of *negative norms*. These can be of two different kinds: (a) negative imperative norms, which ascribe some negative duty of conduct, that is to say, the duty to abstain from performing certain acts; (b) inability-norms, which make people unable to validly performing certain acts. Positive legal orders are still filled, as we know, by religiously inspired laws that, for instance, make abortion and sodomy among consenting adults a crime, prevent any form of valid “same-sex marriage”, prevent couples from proceeding to heterologous forms of insemination, prevent people from making valid “living wills”, etc. If we adopt Sapir’s and Statman’s narrow conception of freedom from religion, we make secular people defenceless also in front of these, mostly harmful and grossly alienating, laws.

6. *Taking Stock*

Let me very briefly summarize.

1. In order to provide a solution to the protecting-what problem, I have identified in turn: an individualist-autonomous conception of conscience; a liberal conception of freedom of conscience; a broad notion of religious freedom and a corresponding right to religious freedom in a broad sense, which is characterized by a double dimension (internal and external) and includes the more specific rights to freedom of religion (the one usually conveyed by constitutional and international covenants clauses), freedom of non-religion, freedom from non-religion, and freedom from religion, the latter to be understood as establishing a broad protection against religiously inspired laws.

2. I have argued these notions and conceptions to be the most in tune with the spirit of a contemporary constitutional state, by means of a comparison (and contrast) with rival ones. These include, as we have seen, an individualist-heteronomous and an authoritarian-heteronomous conception of individual conscience, an authoritarian notion of freedom of conscience, and a narrow notion of freedom from religion, like the one set forth by Sapir and Statman.

It is now time to proceed to the second part of my paper, dealing with the protecting-how problem of constitutional engineering I mentioned at the outset.

II

Protecting-How

7. *The Problem of Effective Protection of Freedom of Conscience in a Religious Society: Strengthening the Democratic Process*

Political majorities in religious societies may affect the freedom of conscience – and religious freedom as freedom from religion – of individuals by means of the democratic process. This may happen through the enactment, by a democratic parliament, of religiously inspired laws of universal application.

One way of protecting freedom of conscience against this threat consists in strengthening the democratic procedures, so as to ensure that religiously inspired laws be enacted after a society-wide process, involving true and serious debates between the partisans of the different opinions at stake. For instance, a few years ago, a staunch defender of political secularism living in a clear instance of religious society, Carlo Augusto Viano, proposed a set of rules purporting to establish the conditions

for the legitimate access by religious groups, organizations, and institutions to the democratic process and its benefits. According to these rules:

1. Religious groups, organizations, and institutions enjoy of a full right to participate in the process of legislation by campaigns (including any act of propaganda and public advertisement) addressed to the public opinion.
2. The exercise of this right, however, ought to be subject to *limits* that concern the *places* and the *forms* of religious campaigns.
3. Religious campaigns in favour of some piece of legislation:
 - are to be regarded as totally free, whenever they are performed inside of buildings devoted to worship, like churches and oratories;
 - are to be regarded as totally prohibited whenever they claim to take place inside of public buildings, like public hospitals, public schools, barracks, police districts, etc.;
 - are to be regarded as permitted, when they are performed inside of public spaces likely to be “visited” by all citizens (like, e.g., national television or radio programs), provided the religious points of view are exposed and argued for in the presence of people of different beliefs and allegiances, so as to insure an effective “cross examination” and “fair trial”²⁴.

To be sure, the strengthening of the democratic process may provide a limit to religiously inspired legislation; it is, accordingly, a valuable means to be adopted. By itself, however, it cannot provide an adequate protection to individuals’ freedom of conscience. Indeed, it does not rule out the possibility that a religiously inspired statute be enacted, which may interfere with the freedom of conscience, and religious freedom, of some individuals. In a constitutional state informed to the principles of liberalism, however, individuals have rights, and there are things the state cannot do without violating their rights, even though violations may come from a democratically enacted law. These premises lead to a well-known conclusion: the democratic protection to individuals’ freedom of conscience, though valuable, must be supplemented with further guarantees offered by the institutions of the constitutional state. It is to this issue that I now turn.

8. *The Problem of Effective Protection of Freedom of Conscience in a Religious Society: An Integrated Doctrine of Constitutional Protection*

In a constitutional state, the axiological basis for the guarantee of freedom of conscience and religious freedom, particularly as freedom from religion, is conveniently represented, in my opinion, by the following postulates.

I. The law encompasses a set of supreme constitutional principles, which may be either expressly stated by specific constitutional provisions, or implicit in constitutional discourse, forming the “implicit” or “unwritten constitution”. Supreme constitutional principles, in force of being supreme, are immune from change: even in the form of due constitutional amendment. Supreme constitutional principles, insofar as they grant fundamental rights, delimit, for each rights-holder, an area of inviolability (*coto vedado*).

II. The liberal rights to freedom of conscience and religious freedom are granted and protected by supreme principles of a constitutional state.

²⁴ See VIANO 2007.

III. The liberal rights to freedom of conscience and religious freedom involve a general right to conscientious objection. The exercise of such right is subject only to whatever limits are derivable from a fair, liberal reading of the harm principle²⁵.

IV. The general right to conscientious objection comes in two varieties, represented by the negative and the positive right to conscientious objection²⁶.

V. Constitutional provisions establishing a general right to conscientious objection are to be considered, technically speaking, as normatively redundant. Nonetheless, whenever enacted, they perform a very important asseveration and symbolic function.

VI. Statutory provisions establishing a right to conscientious objection for specific generic cases (like, e.g., military service or medical care of abortion) ought not to be read as implying, in force of the *expressio unius* canon, the denial of a like right for different situations. Contrariwise, such provisions should be read as expressing not-exclusive specifications and implementations of the general constitutional right to conscientious objection.

VII. But for the limits imposed by a liberal reading of the harm principle (as established by the third postulate above), whenever a legal provision, be it of internal or international law, declares the right of conscientious objection to be subject to the “laws that regulate the exercise thereof” (or similar forms of words)²⁷, these limits should be read as authorizing the enactment of laws that introduce *facilitating restrictions*, i.e., any limit necessary to coordinate and make easier the exercise of the right to conscientious objection by people, while any law introducing *obliterating restrictions*, i.e., meant to unduly restrict or virtually suppress such a right, is to be deemed invalid.

Taking into account this set of postulates, an adequate constitutional protection of freedom of conscience and freedom from religion can be provided by conforming the practice of legislatures and tribunals to the twin doctrines of protected space (“private realm”, “protected area”²⁸, “*coto vedado*”²⁹) and constitutional conscientious objection. The two doctrines – it must be emphasized – offer complementary forms of guarantee (on this point I will come back below, at 8.2.). In fact, they may be combined into an “integrated doctrine of protection” characterized by the following claims:

1. The legal space of constitutional states contains a set of matters upon which political majorities, even very broad and extended ones, can validly produce neither *imperative norms* (i.e., norms imposing positive or negative duties), nor *inability norms* (i.e., norms ascribing positions of incapacity, incompetence, no-power, validly to perform certain legal acts).

2. These matters, which concern individual morality and individual forms of life (“ethical matters”, “ethically sensible issues”), compose the protected space, the sphere of protected privacy or individual inviolability, which is reserved to the moral autonomy (the moral power of self-determination in practical issues) of each and every individual.

3. These limits to the competence of the democratic legislature, if not expressly stated by any constitutional provision, must be considered to obtain by way of an implicit constitutional principle, being freedom of conscience a supreme constitutional principle.

4. Whenever, these principles notwithstanding, a democratic legislature decides to enact a law containing imperative and/or inability norms on matters belonging to the space of individual

²⁵ MILL 1859, 16 f., 83-103; FEINBERG 1984, 1-27; DWORKIN 2006, ch. 3.

²⁶ I have set forth this distinction in CHIASSONI 2009, CHIASSONI 2011; see also SAPORITI 2013; SAPORITI 2015. For a wholesale criticism of the notion of positive conscientious objection, see MASTROMARTINO 2015, 629-637. I will consider this criticism later (see below, nt. 38).

²⁷ See, e.g., art. 10 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, according to which: «The right of conscientious objection is recognized in accordance with the national laws governing the exercise of this right».

²⁸ GALEOTTI 2008.

²⁹ GARZÓN VALDÉS 2004.

inviolability, it must provide the law with a set of provisions regulating the right to conscientious objection.

5. Whenever a democratic legislature has enacted a law containing imperative or inability norms on matters belonging to the space of inviolability, without providing it with provisions concerning the exercise of the right to conscientious objection, the people who assume to have been harmed in their freedom of conscience or religious freedom are entitled to file a judicial complaint asking for the complete invalidation of the law, or, subordinately, for the recognition of their constitutional right to conscientious objection.

6. Where judicial review is committed to a constitutional court, the ordinary judge in front of whom the lawsuit has been brought ought to adopt temporary measures to protect people's freedom of conscience while the constitutional process is afoot.

7. In their decision-making, legislatures and judges, according of their respective functions and competences, ought to take into account the two varieties of the right to conscientious objection: the right to negative conscientious objection and the right to positive conscientious objection.

Two remarks are in order.

It may be worthwhile emphasizing that the granting of freedom of conscience and religious freedom does not "involve" a general right to conscientious objection as a matter of logical implication. Rather, freedom of conscience and religious freedom "involve" a general, judicially enforceable right to conscientious objection by way of practical requirement: as a means that is necessary, and likely to contribute, to their effective protection in front of abusive practices; as an instrumental right on which their being real, not purely paper, rights depends.

The distinction between a negative and a positive right to conscientious objection, which I have mentioned a few times so far, is by no means usual and is, in fact, controversial³⁰. The remaining of my paper will be devoted to cast some light on it, and argue, turning down criticism, that it is a sensible and viable distinction in view of providing an adequate protection to freedom of conscience in a religious society.

Before doing so, however, two preliminary issues must be considered. The first issue, calling for a very short detour, is conceptual; it concerns the difference, which is often overlooked by scholars, between conscientious objection as a form of unlawful resistance to positive laws, on the one hand, and conscientious objection as a constitutional right, on the other. The second issue, which demands a more extensive treatment, is substantive. It concerns scepticism about the possibility for a constitutional state of granting a general right to conscientious objection. In the following two sections I will say a few words on both issues.

9. "*Conscientious Objection*": *Unlawful Resistance v. Constitutional Entitlement*

In this paper, I am interested in casting light on the *right* to conscientious objection as a fundamental, general, individual right, explicitly or implicitly granted by a constitutional state to each and every of its subjects. I am not concerned, by contrast, with conscientious objection as a pacific form of resistance to an established power, akin to civil disobedience. Indeed, the two notions must be carefully distinguished. According to the standard notion, conscientious objection as a form of resistance consists in violating an existing law for reasons of conscience. Isolated individuals, who wish to witness publicly their opposition in conscience to a certain piece of legislation, even though they may think the legal regime, as a whole, not to be immoral or unjust, violate that very piece of

³⁰ See, e.g., MASTROMARTINO 2015.

legislation, and are willing and ready to suffer the negative consequences of their conduct (like, e.g., being fined, or jailed, or fired). This is an evidently altogether different situation from the one I wish to focus on here, where individuals exercise their right to conscientious objection to protect their freedom of conscience, and freedom from religion, against some constitutionally illegitimate law³¹.

10. *A General Right to Conscientious Objection? Overcoming Sceptical Stings*

The idea of a general right to conscientious objection was, and apparently still is, anathema to Western contemporary constitutional culture. Indeed, the rights to conscientious objection so far granted to people – concerning military service, medical assistance to abortion, and, more recently, experimentation on animals – were in fact regarded as exceptions to a general regime where conscientious objection was considered as a form of unlawful, punishable, protest³². Furthermore, international law instruments seem to treat the right of conscientious objection, if any, as something specifically to be granted by established political authority³³.

I think, nonetheless, that the present age allows for – and indeed requires – a different view on the issue. As a matter of political and moral philosophy, a general right to conscientious objection must be recognized by any government seriously committed to the protection of individuals' freedom of conscience. The main arguments that can be branded against the idea of a general right to conscientious objection include the following five:

1. The international law argument;
2. The pointlessness argument from the invalidity of religiously inspired, non-neutral, laws;
3. The consequentialist argument from instability and anarchy;
4. The consequentialist argument from damage to general welfare and common good;
5. The procedural drawbacks argument³⁴.

No one of them however, as we shall see in a moment, seems to pose any serious challenge to the claim I am defending.

10.1. *The Argument from International Law*

The argument from international law turns upon international law instruments. These include, in particular, the International Covenant on Civil and Political Rights (art. 8, 3 c) ii)), the European Convention on Human Rights (art. 4, al. 3), and, more recently, art. 10 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, according to which: «The right of conscientious objection is recognized in accordance with the national laws governing the exercise of this right».

These instruments seem to establish, or strongly suggest, two mutually conspiring conclusions.

³¹ On conscientious objection as an “act” or “practice” of disobedience, see, e.g., PASSERIN D’ENTRÈVES 1973; RAZ 1979, 263, 276 ff.; BOBBIO 1983, 317 f.; MACKLEM 2006, 69 ff.

³² See, e.g., DWORKIN 1968; DWORKIN 1983.

³³ See, e.g., art. 8 al. 3 c) (ii) ICCPR, art. 4 ECHR, and, in a different tone, the already quoted art. 10 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, according to which: «The right of conscientious objection is recognized in accordance with the national laws governing the exercise of this right».

³⁴ One or more of these arguments have been used, e.g., in GALEOTTI 2008; LEITER 2013, 94 ff.; and RAZ 1979, 287 f.-288.

First, there is no way of entertaining the idea of a *general* right to conscientious objection. That is so, because only limited, *situation-specific*, rights to conscientious objection are available to individuals.

Second, there is no way of entertaining the idea of an *implicit* right to conscientious objection, waiting to be made explicit in relevant sets of cases. That is so, because only *explicit* rights to conscientious objection, depending for their existence upon *ad hoc* national laws that regulate their exercise, are available to individuals.

Now, if my account of the axiology of a constitutional state is correct, any reference to what international law instruments say simply is, in point of national law, totally irrelevant. International law instruments, the European Charter included, may in fact be used to *enhance* the set of fundamental rights people enjoy within national states. They cannot be used, however, either to *deprive* people of the fundamental rights they do already enjoy according to their own national legal system, or, anyhow, to *downsize* such rights. Constitutional states recognize a fundamental right to freedom of conscience and religious freedom. These rights, as we have seen, involve a general right to conscientious objection. Consequently, the citizens of constitutional states do have a general right to conscientious objection, whatever the station of international law is or may be.

10.2. *The Pointlessness Argument*

The pointlessness argument runs as follows. Once people's fundamental rights to freedom of conscience and religious freedom are being protected by a constitutional system making religiously inspired norms, which violate individuals' protected sphere, invalid, there is no point, no use, in granting people also a general right to conscientious objection.

The pointlessness argument makes appeal to constitutional parsimony. However, it is too easy to be (totally) good. Indeed, from a strategic and prudential point of view, above all when we have to do with religious societies, the invalidity guarantee, by itself, may not work. The symbolic force of a given religiously inspired law may be so strong to weaken, defer, or altogether deter judicial review. Accordingly, individuals must be granted a default protection-device for their freedom of conscience (and freedom from religion). Such a default device consists, precisely, in a general right to conscientious objection along the lines I am sketching here.

10.3. *The Consequentialist Arguments from Anarchy and Damage to General Welfare*

Perhaps, the strongest argument against the granting of a general right to conscientious objection is the consequentialist argument. According to it, the granting of such a right would have disastrous effects upon society: for, it is claimed, it will open the gates to political and legal instability, and would undermine the very existence of a peaceful government under the law, fatally leading to anarchy.

Now, upon reflexion, at least two different arguments are available to counter the consequentialist argument from anarchy.

First, in point of fact, the gloomy prediction the argument from anarchy turns upon is not reliable. That is so since, contrariwise, it is more likely that granting a general right to conscientious objection would bring about the strengthening of social bonds and social harmony, under a general law of individual freedom³⁵. Indeed, each and every individual, under that regime, would appreciate an effort to treat everyone with equal concern and respect – always, of course, within the limits allowed by a liberal reading of the harm principle.

³⁵ For this reply, see e.g. WALZER 1970, 120 ff.

Second, in point of rational argumentation, the consequentialist argument from fear of anarchy – granting a general right to conscientious objection is tantamount to opening the gate to the dissolution of law and order – is, on the whole, ill conceived. In fact it assumes, without providing any reason for that, that *either* we grant an *absolute* right to conscientious objection, and so are doomed to anarchy and the dissolution of society, *or* we cannot grant any such right *at all*. In so claiming, however, the argument is too poor to be good. To begin with, no constitutional right – but, of course, for the rights concerning the protection of life and the ban on torture and inhuman or degrading treatments – is, as a matter of principle, absolute. Furthermore, a relative right to conscientious objection, subject to limitations inspired, as I said, by a liberal interpretation of the harm principle, is, all things considered viable. On this issue, I will come back in a moment, while dealing with a few cases for a viable exercise of the right to conscientious objection.

The same line of reasoning, from the *prima facie*, relative nature of the general right to conscientious objection also applies to counter the damage to general welfare or public good variety of the consequentialist argument. A general right to conscientious objection, it is submitted, would endanger general welfare, by allowing people to opt out of social solidarity and refusing to contribute to general well being. This would be the case however, if, and only if, the right to conscientious objection were, by its very nature, incapable of being applied by balancing conflicting rights and interests, or, alternatively, by specifying its scope of application in ways suitable to the maintenance of social welfare. Which is not.

10.4. *The Procedural Drawbacks Argument*

In one of the finest essays ever written on the subject, Joseph Raz identifies two procedural drawbacks (as they might be called), which would be concomitant to granting a general right to conscientious objection to be exercised by people by means of judicial action or exception. These are: (a) cheating, or the possibility of abuses by people not really motivated to object to a law by reasons of conscience, which is difficult, if not impossible, to discover; and (b) favouring «public intrusion into the private affairs of individuals», due to the need to investigate about the sincerity of people's claims of conscience. Dealing with the latter drawback, Raz makes clear that it does pop out «unless the right is applied on the basis of a simple declaration by the objector (a method making abuse all the more easy)»³⁶.

To be sure, these procedural costs are to be taken into account. Nonetheless, they do not seem capable of making up a conclusive argument against a general right to conscientious objection. In fact, four, not preposterous, replies are available. First, judicial decisions must establish the *potential* harmfulness of a law to individuals' freedom of conscience. This calls for hypothetical judgments: suppose somebody truly entertains such and such a secular or religious conviction of conscience and wishes to act accordingly. Would the law at stake violate her freedom of conscience? Such hypothetical judgments, however, make people's actual cheating legally irrelevant. Second, it seems necessary to distinguish between those cases where a simple declaration by the objector should be enough (this is so whenever paternalistic or perfectionist laws are at stake, like those preventing early abortion, same-sex intercourses, and same-sex marriages), on the one hand, and those cases where, on the contrary, a sincerity test must be applied, since allowing the conscientious objection would impose

³⁶ Raz (1979, 287) also considers a third drawback: encouragement of «self-doubt», «self-deception», and «in general undesirable forms of introspection». This is not, however, a procedural drawback, since it points, rather, to the psychological costs that a general right to conscientious objection may impose on individuals. Such costs, of course, would depend on each individual's sensibility and proneness to self-doubt etc. This procedural drawback is also considered by GALEOTTI 2008 and LEITER 2013.

costs on individual people and society at large (this is so whenever non-paternalistic, non-perfectionist general welfare laws are at stake), on the other hand. Third, the level of scrutiny about claimants' sincerity can in any case be arranged to be proportionate to the level of the likely costs of conscientious objection to society and individual people. Fourth, investigation, when necessary, may be arranged so as to be respectful for people's private life.

11. *Two Varieties of the Right to Conscientious Objection: Preliminary Remarks*

It is worthwhile distinguishing, as I said, two varieties of the right to conscientious objection. It is now time to provide some more detail about them, and show their viability in a constitutional state, against the opinion that considers only specific cases of a negative right to conscientious objection to be viable.

In general terms, the negative right to conscientious objection (or, what I take to be the same, the right to negative conscientious objection) may be characterized as follows: it is the *faculty* (permission, liberty), that is ascribed to an individual who is the addressee of a *positive legal duty* (the duty of doing something, providing some service, performing some act), *not to comply* with that duty, and *omit* the required conduct, for reasons of conscience.

By contrast, the right to positive conscientious objection may consist, according to the situation:

(a) in the *faculty* (permission, liberty), ascribed to an individual that is the addressee of a *negative legal duty* (the duty of not doing something, abstaining from performing certain conduct), *not to comply* with that duty, and *perform* the otherwise forbidden conduct, for reasons of conscience;

(b) in the *power* (capacity, authorization, ability), ascribed to an individual that is the addressee of an *inability norm* concerning a certain legal act (a norm making people incapable of validly performing that act), *validly to perform* that act, for reasons of conscience.

The right to negative conscientious objection has been recognized in many constitutional orders, not as a general right, to be sure, but only with regard to specific situations (military service, medical treatment of abortion, etc.)³⁷.

The right to positive conscientious objection, by contrast, has never been expressly considered. Perhaps, this is due to the idea, most of the time tacitly entertained, according to which there is a *radical asymmetry*, so to speak, between the negative and the positive right to conscientious objection, which would make whatever claim to read such a positive right into the very texture of the law of constitutional states appear utterly weird, unreasonable, and in any case unviable.

I think the idea of a radical asymmetry between the negative and the positive right to conscientious objection to be wrong³⁸. Such a conclusion of mine, as we shall see in a moment, appears to be supported by an even superficial comparative analysis of a few exemplary cases.

³⁷ See e.g. WALZER 1970, 125 ff.; VIANO 2016.

³⁸ Dealing with the conscientious objection of the medical doctor who, wishing to abide by the instructions of the living will of a patient, does perform otherwise prohibited acts (like interrupting artificial hydration and alimentation), MASTROMARTINO (2015) argues that the «institute of [positive] conscientious objection» is not «convincing»: both for «theoretical reasons», and for «practical» consideration of «legal politics» (633-636). In such cases, positive conscientious objection would be «not admissible» from «a theoretical point of view» on two counts. (1) Unlike negative conscientious objection, which consists in omissions, and leaves space for other doctors to perform the action that some doctor does not want to perform (like, e.g., proceeding to an abortion), positive conscientious objection, which consists in positive actions, does not leave such a space and leads to an «irremediable violation of the statute», due to the death of the patient. (2) Positive conscientious objections reflects a difference between the axiology of the conscientious objector and the axiology of the legislature: the former considers certain goods as «more valuable or on a par with the good protected by the statute», while the latter regards the good protected by the statute as paramount

12. *The Right to Negative Conscientious Objection: Two Exemplary Cases*

According to the law of several countries, a gynaecologist working for a public hospital where gynaecologists are required to perform voluntary interruptions of pregnancy has the faculty not to perform such interventions for reasons of conscience – for instance, if her religious creed considers abortion a crime. Likewise, in many countries where military service is compulsory, a physically and mentally fit youngster may avoid conscription for reasons of conscience – for instance, if he is a sincere secular pacifist.

Why does most people (now) think these exemptions from duty to be justified? Apparently, the question commands an easy answer: because most people (now) think that, in both cases, if the laws

(634). However, according to Mastromartino, conscientious objection presupposes that the legislature recognizes «the legitimate existence and equal dignity of different axiological options» (634). Hence, positive conscientious objection is unreasonable, for it unreasonably presupposes that the legislature, while prohibiting a certain behaviour because it damages a certain legal good, ascribes equal value to the different goods that would be served by violating that prohibition. Furthermore, positive conscientious objection would be objectionable, from a practical point of view, on four counts. (1') It is liable to «political manoeuvres» («strumentalizzazione politica»), whereas the «proper aim» of conscientious objection is to «exhaust itself» in the «defence» of individuals' «moral integrity» (635). (2') By being regarded as actionable also in the absence of any authorizing statutory clause, it betrays the «spirit of conciliation» that «generally inspires its acknowledgement» (635). (3') It is a pointless tool of protection, provided people can resort to judicial review (636). And, finally, (4') it is out of joint with the standard cases of conscientious objection, for «the legislature contemplates conscientious objection when considers perfectly legitimate the duties it decides to impose, so that [the] introduction [of a conscientious objection clause] (the exception) always has the value of a confirmation, and not of a denegation, of the constitutional legitimacy of the rule» (636). Mastromartino's arguments against positive conscientious objection are not convincing. Let's begin with the theoretical arguments. As to (1), it must be noticed that it only considers the positive conscientious objection of the medical doctor in the living will case; it does not consider, however, the positive conscientious objection of the patient in the same cases. This is unfortunate. Indeed, the central issue, from the standpoint of the protection of people's fundamental rights, is whether the right to positive conscientious objection *of the patient* – allowing her to make a valid, binding, living will, notwithstanding the general incapacity established by statute – is justified. If, as I claim, it is justified, then the positive conscientious objection of the medical doctor, abiding by the living will of a certain patient, is also justified, in a derivative way. It is simply wrong to take the case of the medical doctor's positive conscientious objection *apart from* the case of the patient's positive conscientious objection, for it stands, or falls, with it. As to (2), it must be noticed that the whole argument is flawed by an unduly pro-legislature bias. It assumes that the right to conscientious objection depends on legislative evaluations. However, the purpose of establishing a general right to conscientious objections, in a negative and positive variety, is precisely to free conscientious objection from the legislature's grip. Accordingly, from the standpoint of the protection of people's fundamental rights, the central issue is not whether the axiology of the conscientious objectors does, or does not, suit to the legislature's own axiology. The central issue is, rather, whether the legislature's axiology is, or is not, compatible with the constitutional protection of freedom of conscience. Let's turn to the practical reasons Mastromartino provides against positive conscientious objection. As to (1'), it amounts to a purely petition of principle: positive conscientious objection is no good, because it is not like negative conscientious objection, which is the true and proper form of conscientious objection. Furthermore, it smells of old conceptualism and natural law thinking. As to (2'), it again assumes as paramount a legislative conception of conscientious objection (centred on a “Respect the legislature!” instruction), whereas what is at stake, when a general right to (positive or negative) conscientious objection is being waged, is precisely the overcoming of legislative state ways of thinking. As to (3'), I have replied while dealing with the pointlessness argument (see above, 10.2). Finally, as to (4'), it must be noticed that the argument, out of the usual pro-legislature attitude adopted by Mastromartino, totally overlooks that, from a constitutional standpoint, the presence of a statutory clause allowing conscientious objection is evidence that that very statute, *absent such a clause*, would be constitutionally illegitimate. For instance, the abortion statute, without the clause providing for the conscientious objection of anti-abortion medical doctors, would be constitutional illegitimate on that count. This remark also suggests that there is no radical asymmetry between negative and positive conscientious objection, as I am going to argue now in the text.

did not grant such an exemption, the laws would be constitutionally illegitimate, provided they would violate both the religious gynaecologist's, and the young secular pacifist's, freedom of conscience.

Let's assume, for the sake of argument, that both cases really are evident, paradigmatic instances of situations where the granting of a negative right to conscientious objection is justified, and indeed required, in order to protect the constitutional right to freedom of conscience of the people involved. Provided that is the case, it is worthwhile bringing to the fore the structural aspects they share, so as to have some ground for comparing those apparently clear cases of a justified negative right to conscientious objection with a few cases which, as it may be claimed, would be clear cases of a justified positive right to conscientious objection.

First, in both cases people have a *perfect legal duty* – a duty backed-up by coercive legal sanctions – to perform certain activities: one that descends, on the one hand, from an employment relationship, on the other hand, from citizenship.

Second, in both cases people find themselves in a predicament, represented by a *collision of duties*. By hypothesis, their *positive legal duty* to perform certain activities is at odds with their *negative moral duty* not to perform them.

Third, in both cases it is assumed that the prevalence of the legal duty over the corresponding, opposite, moral duty would amount to the *infringement of a fundamental constitutional right* of the people involved: namely, their right to freedom of conscience – and, in the gynaecologist's case, religious freedom (as freedom of religion and from non-religion).

Fourth, in both cases it is clear that the prevalence of the moral duty over the legal duty brings about *negative consequences*: both to society at large, and to other people individually considered. On the one hand, these exemptions have *costs*: costs to public hospitals (that have to pay someone else to do the job of the objectors), costs to the women who decide to have an abortion (in terms of delay, stress, being obliged to go searching for a different medical centre, etc.), costs to the military defence of the country (if pacifism becomes a widespread phenomenon, the state will have to invest more in professional soldiers or hire “contractors”), costs to “ordinary” conscripts (say, those who are neither pacifist, nor war-freaks), who may incur in a higher risk to be killed or maimed in war. On the other hand, these exemptions fly in the face of *legal principles*, even momentous ones: the principle of social solidarity, which grounds the duty of participating to the defence of the country; the principle of good administration; the right of women to health, that may be compromised by a widespread phenomenon of conscientious objection to abortion³⁹.

Fifth, and last, these exemptions mirror a *balancing* among the several legal rights and interests at stake, giving priority to freedom of conscience over different, competing, rights.

Keeping in mind these structural traits of the two clear cases of a justified negative right to conscientious objection, let's move to consider two cases where apparently, for coherence's sake, the granting of a positive right to conscientious objection, far from being weird or unviable, should be considered as being, likewise, justified.

13. *The Right to Positive Conscientious Objection: Two Exemplary Cases*

I will now consider two cases where a positive right to conscientious objection is at stake. The first case, which is modelled after a real one, involves a negative imperative legal norm: it is the celebrated

³⁹ This last point cast a dubious light on the legitimacy of granting an unconditioned right to conscientious objection to gynaecologists, from the standpoint of a liberal interpretation of the harm principle. Here, I will not pursue this point further.

“Kirpan case” decided by the Canadian Supreme Court (*Multani v. Commission Scolaire Marguerite-Bourgeois*) and commented, negatively, by Brian Leiter, as we shall see in a moment⁴⁰. The second case is an imaginary one, involving an inability legal norm; it concerns the discipline of “living wills” (or biological wills) in the imaginary constitutional state of Freedonia – a merry, jolly, island in the middle of an ancient sea.

13.1. *Bringing a Kirpan to School*

A school commission in a Canadian city has enacted a regulation according to which students are not allowed to carry weapons into the school building. A boy of Sikh religious allegiance assumes to have the duty to carry with him a ritual sword (*kirpan*) at any time. Does he have a good case to be allowed to carry the *kirpan* into the school, for reasons of conscience (and religious freedom)?

The Canadian Supreme Court, in the *Multani* case, said yes. Brian Leiter, in a book of some years ago, says no. Both sides argue in term of granting “exemptions” or “exceptions”.

I think the issue would be better disposed of by asking whether, in the case at hand and in like cases, the plaintiff is justified in claiming a right to positive conscientious objection. To argue for this suggestion of mine, I will consider briefly the arguments Leiter provides for maintaining that, in cases like the one decided by the Canadian Court, every claim to exemption should be rejected: be it grounded on religious rules, as it is the case with the Sikh boy, or on some social or family tradition, as it is the case with the “rural boy” Leiter imagines – a boy who, according to the rules of his ancestors, should always carry with him the knife of his great-grandfather, as all his forerunners have always done during their lives. Apparently, Leiter grounds his conclusion on two arguments.

First, in evaluating claims to conscientious objection (as I would say), courts ought not to defer to subjective interpretations of religious – or, in any case, traditional – rules of behaviour, but should rather consider objective interpretive practice and understandings⁴¹. Leiter makes this claim, presumably, in order to prevent courts from becoming the dupes of individuals’ whim or, even worse, of individuals’ cheating. In the *Multani* case, however, the Court relied on the claimant boy’s own strict interpretation about *kirpan* wearing, overlooking that such an interpretation was by no means the only or dominant one in the relevant religious community.

Second, in evaluating claims to conscientious objection (as I would say), courts ought to avoid conceding privileges that fly in the face of the equality side of the right to freedom of conscience. For instance, they should not grant an exemption in favour of the Sikh boy if they are not also willing to grant a like exemption to the rural boy. But, accordingly to Leiter, that is precisely what was likely to happen, had the rural boy applied to the same (or any) court.

Leiter’s arguments are thoughtful and provoking. Furthermore, they raise two capital problems: the problem of the proper way of coping with subjective claims of conscience and the problem of avoiding undue discriminations among similar claims of conscience.

I think, nonetheless, that the first of Leiter’s arguments should be rejected, while the second should play a role only after a careful evaluation of specific conscientious objection claims, from the standpoint of the harm principle, has been performed.

As to the first of Leiter’s argument, one may reply that, contrariwise to what Leiter claims, a moral case can be made in favour of a subjective conception of liberty of conscience, which is not, at least *prima facie*, preposterous. In their book *Secularism and Freedom of Conscience*, Maclure and Taylor

⁴⁰ By the way, laws making sex between consenting, same-sex, adults a crime provide an even clearer case where a positive right to conscientious objection appears to be fully justified.

⁴¹ LEITER 2013, 66.

argue for such a view, in the very name of individual autonomy, under the requirement of sincerity⁴². We can reinforce that conclusion by the following remark. Freedom of conscience, we may say, is not tantamount to the freedom to follow the moral or religious rules approved by the relevant community. If that were the case, paradoxically, freedom of conscience would become freedom for authoritarian, orthodox consciences only. As a consequence, the only way to protect freedom of conscience, which is compatible with the genuine protection of each individual's moral autonomy (with his "ethical independence", in Dworkin's terms)⁴³, consists in adopting a liberal conception of conscience. This, in turn, requires adopting a subjective conception of the rights and duties one has "according to one's conscience". Obviously, all such subjective conceptions must pass some sincerity test: in principle, courts – and society – are not to be fooled by impostors⁴⁴.

As to the second of Leiter's arguments, one may reply that, from a liberal standpoint, the case of the Sikh boy and the case of the rural boy must be treated assuming, in both cases, the existence of a *prima facie* right to positive conscientious objection, as a *relative individual right* limited by a liberal reading of the harm principle. Accordingly, before considering the discrimination side of the issue, courts should evaluate the – actual or likely – harmfulness to third parties of the behaviour claimed as a matter of freedom of conscience. As a matter of course, precedents may reduce the scope for fresh judgments. On this token, courts, in the cases of the Sikh and the rural boy alike, ought to evaluate whether bringing a weapon to school does constitute, or not, in the situation of the case, a danger to third parties' life and limbs so relevant as to justify the harm principle limitation⁴⁵.

13.2. *Living Wills in Freedonia*

The political majority of Freedonia has approved a law that makes individuals incapable of making valid living wills: that is to say, wills containing binding instructions to doctors and medical personnel at large, about which end-of-life treatments they are allowed to apply to the testator's body, once he has lost conscience.

In the light of the cases of the religious gynaecologist and the young secular pacifist, where a negative right to conscientious objection has been granted as a matter of course, would individuals, aware about the integrated doctrine of reserved space and constitutional conscientious objection, also be justified in claiming a positive right to conscientious objection against the Freedonian law on living wills?

I think the answer must be a clear yes. To argue for this conclusion I will consider, in turn, the structural traits of the present situation from the standpoints, respectively, of a legislator who voted for the law (I'll call him: the ethical legislator), and of a jurist defending the prerogatives of a constitutional state.

⁴² MACLURE, TAYLOR 2011, 100-104.

⁴³ DWORKIN 2013.

⁴⁴ The sincerity test gives rise to problems of procedural costs and uncertainties. I think the sincerity scrutiny should be strict the more the exemption that is being required imposes burdens upon third parties. Contrariwise, it should be relaxed the more it is self-regarding. On this point, see also above § 10.4.

⁴⁵ They may adopt, to do the proper balancing, an Alexy-like formula of the following sort: $CIV^{P1/P2/C} = AIV^{P1} \times EIC^{P2>P1} / AIV^{P2} \times EIC^{P1>P2}$, where $CIV^{P1/P2/C}$ stands for the Comparative Institutional Value of Principle P1 in relation to principle P2 as to the individual case C; AIV^{P1} and AIV^{P2} stand for the Abstract Institutional Value of Principle P1 and Principle P2; $EIC^{P2>P1}$ and $EIC^{P1>P2}$ stand for the Expected Institutional Cost to Principle P1 of the prevalence of Principle P2 and the Expected Institutional Cost to Principle P2 of the prevalence of Principle P1, respectively.

The Case of the Ethical Legislator

From the vantage point of the ethical legislator, the main features of the case run as follows.

1. The enacted law on living will contains a disability provision, establishing people's incapacitation to make living wills binding on doctors and medical personnel at large.

2. To be sure, that law gives rise to a normative conflict between the legal norm of disability, on the one hand, and the opposite, ability moral norm, on the other, which happens to be part of many people's conscience (-code).

3. The legal norm of disability finds its ultimate justification in the constitutional right to life, which is a fundamental individual right. Indeed, it has been enacted, as the ethical legislator makes clear, "to defend life" and to "build up a barrier against euthanasia".

4. The moral norm of competence, contrariwise, finds its ultimate justification, if any, in the constitutional right to freedom of conscience and religious freedom (as freedom from religion), which is also a fundamental individual right.

5. As a consequence, the enacted law about living wills, so far as the conscience of some people is concerned, gives rise to a collision between two fundamental principles (the principle of sanctity of life and the principle of freedom of conscience) and their corresponding fundamental rights.

6. The prevalence of the right to freedom of conscience over the right to life would bring about unbearable costs: the right to life being much more valuable than the right to freedom of conscience. Accordingly, the prevalence of the right to life over liberty of conscience cannot have but less relevant, bearable, costs.

7. A proper balancing of the two rights at stake must, accordingly, give priority to the right to life over liberty of conscience, and, by the same token, to the disability norm over the ability norm.

The Case of the Constitutional Jurist

From the vantage point of a jurist keen on defending the prerogatives of Freedonia as a genuine constitutional state, the structural features of the case are to be recounted differently.

1. To be sure, the enacted law on living will, where it contains the disability provision establishing people's incapacitation to make living wills binding on doctors and medical personnel at large, gives rise to a normative conflict between a legal norm of disability, on the one hand, and the opposite, ability moral norm, on the other, which happens to be part of many people's conscience (-code).

2. Supporters of the disability norm claim it to be justified by the right to life: "to defend life" and "build up a barrier against euthanasia", as they like to say.

3. Unfortunately, they ground their argument upon an understanding of the right to life that is biased by deference to a peculiar religious vision of such a right: an authoritarian, paternalist, anti-individualist, orthodox vision according to which life is a fundamental good (being the gift of a supernatural being), and must be protected at all costs, even at the cost of overriding the will, and moral autonomy, of individuals.

4. The Freedonian law on living wills is, accordingly, a religiously inspired law that violates people's reserved space of privacy and freedom of conscience in the name of a peculiar religious conception of the right to life.

5. As a consequence, individual have a good case of conscience for asking to judges either to invalidate such a law altogether, due to its clear unconstitutionality, or for saving the law, but reading into it a right to positive conscientious objection clause, making them capable, for reasons of conscience, to shape binding living wills.

6. People who think that granting such a positive right to conscientious objection would be absurd, unreasonable or even unlawful, would do better considering the following points:

- first, in past years Freedomian law has granted a negative right to conscientious objection to religious gynaecologists and young secular pacifists;
- second, such negative rights have been granted although it was clear that they had negative consequences, both to society and to individuals, in terms of costs and the impairment of rights;
- third, granting a right to positive conscientious objection against the disability norm on living wills, by contrast, would not have any such negative consequences: neither in terms of social and individual costs, nor in terms of the impairment of rights; there is indeed no violation at all of the right to life in the only understanding compatible with a liberal, constitutional state, but only the violation of right to life as understood by the ministers and believers of a specific religious confession;
- fourth, provided Freedomian legislators have granted to people rights of negative conscientious objection in the cases of abortion and military service, even though those rights had negative consequences in terms of costs and the impairment of individual rights, they should *a fortiori* grant to people a right of positive conscientious objection in the living will case, since such granting does not have any negative consequences, but for the moral feelings of those religious people who uphold the law. The moral feelings of believers in a religion, however, are not entitled to protection under a liberal constitutional state.

14. *Final Remarks*

1. Freedom of conscience and religious freedom, in the liberal reading I have outlined here, represent basic goods – among others, to be sure – to any morally decent society.

2. Their protection requires a constant effort in devising adequate institutional machineries.

3. The right to conscientious objection has been, so far, a Cinderella of constitutional engineering, due, basically, to the sceptical stings I considered above.

4. It is time to get rid of such preposterous drawbacks, in the name of a comprehensive, un-prejudiced evaluation, for relevant classes of cases, of the forms and limits of a general right to conscientious objection, in the negative and positive variety alike.

References

- ALSTON W. 1964. *Philosophy of Language*, Englewood Cliffs (N.J.), Prentice Hall, 1964.
- ATIENZA M. 2006. *Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expression*, in GARCÍA JARAMILLO L. (ed.), *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*, Lima, Grijley, 2014, 133 ff.
- BARONCELLI F. 1993. *Tolleranza. Il fascino perverso di una definizione*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 1993. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 1993, 229 ff.
- BOBBIO N. 1983. *Disobbedienza civile*, in BOBBIO N., MATTEUCCI N., PASQUINO G. (eds.), *Dizionario di politica*, Milano, TEA, 1990, 316 ff.
- CECCANTI S. 2006. *Laicità e istituzioni democratiche*, in BONIOLO G. (ed.), *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, Torino, Einaudi, 2006.
- CHIASSONI P. 2009. *Libertà e obiezione di coscienza nello stato costituzionale*, in «Diritto & questioni pubbliche», 9, 2009, 65 ff.
- CHIASSONI P. 2011. *Obiezione di coscienza: negativa e positiva*, in «Notizie di Politeia», 101, 2011, 36 ff.
- COHEN C. 1968. *Conscientious Objection*, in «Ethics», 78, 1968, 269 ff.
- DENT N. 1998. *Conscience*, in CRAIG E. (ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, London-New York, Routledge, 1998, 579 ff.
- DWORKIN R. 2006. *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2006.
- DWORKIN R. 2013. *Religion Without God*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press, 2013.
- FEINBERG J. 1984. *The Moral Limits of the Criminal Law. I. Harm to Others*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1984.
- GALEOTTI E. 2008. *The Place of Conscientious Objection in a Liberal Democracy*, 2008. Available from: <http://www.sifp.it/articoli-libri-e-interviste-articles-books-and-interviews/the-place-of-conscientious-objection-in-liberal-1>.
- GARZÓN VALDÉS E. 2004. *Para ir terminando*, in ATIENZA M., *El derecho como argumentación*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2003, Fontamara, Distribuciones Fontamara, 2004.
- GIANFORMAGGIO L. 1993. *Il male da tollerare, il bene del tollerare, l'intollerabile*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 1993. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 1993, 203 ff.
- HIMMA K.E. 2014. *Compensating for a Legally Imposed Disability: Is There a Special Fundamental Right to Religious Freedom?*, Paper presented at the International Conference “Fundamental Rights – Justification and Interpretation”, Faculty of Law, University of Belgrade, 24-25 October 2014.
- LEITER B. 2013. *Why Tolerate Religion?*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2013.
- MACKLEM T. 2006. *Independence of Mind*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- MACLURE J., TAYLOR C. 2011. *Secularism and Freedom of Conscience*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press, 2011.
- MASTROMARTINO F. 2015. *Contro l'obiezione di coscienza positiva*, in «Ragion Pratica», 45, 2015, 629 ff.
- MILL J.S. 1859. *On Liberty*, in MILL J.S., *On Liberty and Other Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1991.

- NUSSBAUM M. 2008. *Liberty of Conscience. In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, New York, Basic Books, 2008.
- PAINE T. 1791. *The Rights of Man: Being an Answer to Mr Burke's Attack on the French Revolution*, in ID., *Rights of Man, Common Sense and Other Political Writings*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1995.
- PASSERIN D'ENTRÈVES A. 1970-71. *Legittimità e resistenza*, in «Studi Saresesi», III, *Autonomia e diritto di resistenza*, 1970-71 (but: 1973).
- PASSERIN D'ENTRÈVES A. 1973. *Obbligo politico e libertà di coscienza*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», IV serie, 50, 1973.
- POST R. 2007. *Religion and Freedom of Speech: Portraits of Muhammad*, in «Constellations», 14, 2007, 72 ff.
- RAZ J. 1979. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979.
- RUFFINI F. 1901. *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Introduzione di A.C. Jemolo, Milano, Feltrinelli, 1967.
- RUSCONI G.E. 2004. *Come se Dio non ci fosse. I laici, i cattolici e la democrazia*, Torino, Einaudi, 2004.
- SAPIR G., STATMAN D. 2005. *Why Freedom of Religion does not Include Freedom from Religion*, in «Law and Philosophy», 24, 2005, 467 ff.
- SAPORITI M. 2013. *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, Milano, Giuffrè, 2013.
- SAPORITI M. 2015. *For a General Legal Theory of Conscientious Objection*, in «Ratio Juris», 3, 2015, 416 ff.
- VIANO C.A. 2007. *La libertà dalla religione*. Available from: <http://www.segnalo.it/SAGG-ART/CULT-RELIG/2006/viano%20libert%C3%A0%20dalla%20religione.doc>.
- VIANO C.A. 2011. *La coscienza: voci e mistificazioni*, in «Notizie di Politeia», XXVII, 101, 2011, 11 ff.
- VIANO C.A. 2016. *Tra coscienza infelice e democrazia: il caso dell'obiezione di coscienza*. Available from: <http://ilrasiodioccam-micromega.blogautore.espresso.repubblica.it/category/articoli/>.
- VITALE E. 2004. *Libertà di religione. E dalla religione?*, in BOVERO M. (ed.), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, Laterza, 2004, 91 ff.
- WALZER M. 1970. *Conscientious Objection*, in ID. *Obligations. Essays on Disobedience, War, and Citizenship*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press, 1970.

SUSANNA POZZOLO

Nuove tecnologie riproduttive: fra liberazione e nuove forme di patriarcato

New Reproductive Technologies: Between Liberation and New Forms of Patriarchy

ABSTRACT

L'articolo cerca di sollecitare una riflessione sul tema della "gestazione per altri" (GPA) provando ad uscire dalla semplice contrapposizione pro e contro. L'obiettivo è cercare di valutare se una posizione femminista può portare una differente prospettiva etica sul punto, evidenziando questioni di solito tenute o rimaste in ombra.

The article aims to stimulate a reflection on the theme of the "gestational surrogacy", trying to get out of the simple opposition pros and cons. The purpose is to try to assess whether a feminist position can bring a different perspective on the ethical point, highlighting issues usually kept or remained in the shadow.

KEYWORDS

Gestazione per altri, femminista, donna, diritti, cura

Surrogacy, feminist, woman, rights, cure

SUSANNA POZZOLO*

Nuove tecnologie riproduttive: fra liberazione e nuove forme di patriarcato

1. *Introduzione* – 2. *La biologia è ancora un destino?* – 2.1. *Mini glossario* – 2.2. *Favorevoli e contrari* – 3. *Alcune questioni di genere in una prospettiva femminista* – 4. *Per concludere, provvisoriamente*

1. *Introduzione*

Con lo sviluppo delle nuove tecnologie biomediche il tema dei diritti riproduttivi è divenuto centrale nel dibattito pubblico, eppure non tutti gli aspetti hanno ricevuto la stessa attenzione. Nelle pagine che seguono propongo alcune riflessioni su un tema che è rimasto parzialmente in ombra: mi riferisco alla c.d. “maternità surrogata” o “utero in affitto” o “gestazione per altri” (d’ora in poi GPA). Non farò riferimento alla regolamentazione della legge 40, e neppure tanto alla questione giuridica, né tantomeno alle recenti polemiche che hanno accompagnato la legge sulle unioni civili¹. Vorrei cercare invece di sviluppare una riflessione su un piano etico più generale e, pur nella varietà che la caratterizza, in una prospettiva femminista. Il mio obiettivo è quello di contribuire a sollecitare l’attenzione sul tema, cercando di chiarire almeno alcuni aspetti che ruotano intorno alla GPA finora poco o per nulla discussi, ma a mio parere importanti per qualsiasi decisione giuridica in tema di diritti riproduttivi.

2. *La biologia è ancora un destino?*

Quando ho iniziato a riflettere sulla GPA, mi è parso importante partire dal dato biologico perché gran parte del dibattito sembra muoversi intorno a presunte “necessità” o “bisogni”. Sotto questo profilo ci sono aspetti della nostra fisicità che ci obbligano a tenere certi comportamenti. Non mi riferisco tanto a quelli c.d. automatici, come aprire e chiudere il costato per respirare o al battito del cuore, piuttosto penso a quei comportamenti che *pretendono* un’azione intenzionale, ma al tempo stesso s’impongono alla nostra volontà. Ovviamente assumo come un dato certo il desiderio di voler restare in salute e l’assenza dell’intenzione di suicidarsi. Penso dunque, ad esempio, a come s’imponga alla mia volontà la necessità di assumere ferro in caso ne risulti carente e a come non potrei scegliere di assumere magnesio al suo posto perché appunto la chimica del corpo *obbliga*².

* Professoressa Associata di Filosofia del Diritto, Università di Brescia. Email: susanna.pozzolo@unibs.it.

¹ Mi pongo fuori e prima del dibattito intorno alla questione dell’adozione da parte di coppie dello stesso sesso che ha accompagnato la recente legge. La questione che mi interessa è relativa ai diritti della donna gravida, chiunque sia colui, colei o coloro che hanno commissionato la prole.

² Le cure palliative ai malati terminali non contraddicono il ragionamento perché anch’esse vanno nella direzione del benessere del paziente. Rispetto a coloro che decidono di rifiutare alcuni trattamenti come, per esempio, le vaccinazioni, occorre notare che l’individuo può benissimo vivere senza, almeno fino a che non incontra l’agente patogeno infettivo che causa la malattia, che potrebbe non incontrarsi mai; queste infatti sono misure di prevenzione.

Per contro, la biologia non pare implicare alcun obbligo in tutta una serie di altre decisioni che pur sempre riguardano il corpo. Per esempio: posso scegliere se imparare a guidare o a nuotare, se tagliare i capelli o tingerli, se assumere integratori o fare ginnastica per forgiare i miei muscoli, se allenare il cervello imparando una nuova lingua o magari dedicandomi al canto e allenando anche le corde vocali. Queste scelte dipendono da abitudini sociali e credenze culturali cui ci conformiamo o ci ribelliamo e, in questo senso, sono in qualche misura anch'esse scelte condizionate: perché spesso sono il risultato di una pressione dell'ambiente socio-culturale circostante, verso il quale non abbiamo fatto davvero alcuna deliberazione, ma semplicemente ci siamo conformati o non riusciamo ad opporci ad esso. Ciò non toglie che in altri casi anche di libere scelte si tratti, cui aderiamo sinceramente.

Da un punto di vista biologico anche la decisione di diventare genitori è una libera scelta? Come per gli esempi di poc'anzi, direi in parte di sì e in parte di no. Sebbene la riproduzione sia una spinta "naturale" per la specie umana come per qualsiasi altra specie, sicché, in questo senso, riprodursi non si tratterebbe strettamente di una libera scelta, vero è che l'umanità si è evoluta in una direzione che ha ridotto il peso della determinazione biologica e ha invece aumentato enormemente, tanto da renderlo in larga misura preponderante, il vincolo culturale. In sostanza, a fronte di una spinta naturale alla riproduzione della specie, sulla procreazione dei singoli individui oramai da lungo tempo incide soprattutto la cultura piuttosto che l'istinto³. La modernità ha poi permesso di rendere sempre più consapevole la decisione di diventare genitori.

Le culture hanno diversi atteggiamenti a riguardo. Nelle società occidentali tipo quella italiana, fra le tante caratteristiche, credo sia possibile notare come la scelta di divenire *padre* sia effettivamente considerata tale, una libera decisione. Diverso invece è il divenire *madre*. A tutt'oggi la donna è ancora percepita come vincolata naturalmente al ruolo della maternità che la *completa*. A livello culturale, dunque, si sviluppa una pressione sociale tale per cui la scelta della maternità è *fortemente indotta*. Sebbene non diventare madre non comporti alcun tipo di problema fisico, socialmente l'assenza della maternità nella vita femminile viene ancora⁴ percepita come una vera e propria *manca*, dimodoché è considerato normale non solo diventare ma anche *desiderare di essere* madre. Nella misura in cui questa presunta normalità si assume essere *il fine* naturale della donna, indipendentemente da qualunque altra meta individuale, la libertà di scelta, diciamo così, finisce per essere in buona parte un artificio retorico. Si tratta infatti di un'ideologia piuttosto forte, tanto forte che risulta strano e quasi sospetto quando una donna *ammette* di non desiderare affatto diventare madre. Se il desiderio di maternità è così naturale, biologico, genetico, è chiaro che non averlo implica una disfunzionalità: si tratterebbe insomma di una donna rotta, guasta. Si badi che questa ideologia è persistente solo nei confronti della donna, cioè non si riferisce tanto al divenire genitori: infatti non vale lo stesso per il padre, che socialmente è considerato prima di tutto nella sua veste di *uomo* e solo dopo un suo processo deliberativo come padre.

La cultura contemporanea determina dunque una differenza fra gli *obblighi biologici* dell'uomo e della donna, perpetuando quel luogo comune che avvicina la donna alla natura. L'uomo risulta libero

Discorso diverso invece è quello da farsi in relazione al rifiuto di assumere sostanze come, ad esempio, il ferro o l'insulina, in caso di carenza e se il corpo è incapace di recuperare da sé la quantità necessaria: in questi casi la continua perdita della sostanza in questione, nel giro un lasso di tempo più o meno determinabile, non consente all'individuo di sopravvivere.

³ Parlo della riproduzione, non dell'attività sessuale, si badi. Tuttavia è bene sottolineare come la cultura incida anche sui bisogni, le aspettative e i comportamenti sessuali.

⁴ E scrivo "ancora" perché, probabilmente, dal punto di vista della storia biologica della specie, in una certa fase ciò forse è stata una necessità (HEIM, BODELÓN GONZÁLEZ 2010, 211). Un'interessante riflessione in OTTAVIANO 2015; mi permetto di rinviare anche a POZZOLO 2011, dove si discute l'ipotesi del matriarcato.

dalla sua biologia, mentre per la donna essa resta ancora un destino⁵. Questo porta inoltre all'attribuzione alla madre di una serie di compiti sociali, culturali⁶, etici⁷, che non gravano sul padre⁸. Da una siffatta ideologia derivano vincoli e difficoltà non solo per quelle donne che comunque madri desiderano diventare, ma anche per tutte le altre che madri non possono o non vogliono divenire perché *sono indotte ad aggiustare la loro mancanza*. È invero difficile e complesso indagare le ragioni poste alla base delle azioni degli individui, giacché sia le norme sociali sia quelle giuridiche contribuiscono a strutturare i ruoli di genere secondo un certo schema che, affermandosi e radicandosi, nasconde sovente anche ai protagonisti le ragioni profonde del loro agire. In questo senso, ragioni e motivi che spingono donne e uomini ad avere certi atteggiamenti riproduttivi sono un insieme composito, dove si intrecciano caratteristiche biologiche e culturali⁹. Ma appare piuttosto evidente come per le donne si generi una sorta di “ossimoro”, trovandosi socialmente davanti a un “scelta obbligatoria”: le donne *devono scegliere di voler essere* madri, altrimenti pagano il prezzo non solo di essere percepite, ma di percepirsi come *incomplete* o *malfunzionanti*. Le donne che rifuggono quel ruolo, perché non possono o non vogliono, pagano il prezzo di uno stigma.

Vero è che il processo di emancipazione degli ultimi secoli ha aperto all'idea di una gestione autonoma del corpo femminile, incidendo dunque anche sulla decisione del se e quando diventare madre, tuttavia è evidente la persistenza del legame donna-famiglia-domestico¹⁰.

Dinanzi al calo della natalità, si sarebbe potuto pensare che una siffatta ideologia potesse essere però funzionale almeno per risollevare le *vecchie* società occidentali. Tuttavia, le politiche messe in campo finora dai governi europei hanno spesso *usato* la famiglia come un *luogo* dal quale ricavare risorse, piuttosto che un progetto nel quale investire¹¹. Riducendo l'offerta di servizi basilari, la retorica della famiglia e del compito materno ha solo aumentato il lavoro per le donne¹² senza innalzare il tasso di natalità.

Certamente il tema della genitorialità è complesso, su di esso agiscono forze e interessi contrapposti che continuano a delimitare dei confini entro i quali le donne hanno difficoltà a decidere sul proprio corpo, lasciate come sono nel difficile guado fra l'aspirazione all'uguaglianza-emancipazione e le abitudini-tradizioni sociali che permeano le nostre comunità, perpetuando schemi patriarcali di subordinazione di genere. Questa tensione si evidenzia nelle difficoltà di gestire le esigenze

⁵ Ciò non significa che l'uomo non sia anch'esso soggetto a pressioni sociali verso la paternità, ma incidono diversamente e sono di diversa intensità.

⁶ Per esempio è diffusa la credenza secondo cui le donne troverebbero ovvia soddisfazione e realizzazione con la maternità.

⁷ «[L]a maternidad va mucho más allá de la mera reproducción biológica, porque lo más importante no es la gestación y el parto, sino la tarea social, cultural y ética de hacer viable un nuevo ser humano» (HEIM, BODELÓN GONZÁLEZ 2010, 213).

⁸ Fra i tanti esempi che si potrebbero fare, si può ricordare come viene affrontato il perenne tema della conciliazione lavoro-famiglia dal dibattito pubblico e dalle normative. Sul tema della conciliazione cfr. la rivista *About Gender*, 3, 6, 2014 dedicato a: *Verso una conciliazione condivisa? Lavoro, famiglie e vita privata in un orizzonte di crisi*.

⁹ Si può notare, ad esempio, come muti il numero di figli ritenuto adeguato in relazione al tipo di società e momento storico considerato (IGAREDA GONZÁLEZ 2010, 229-246). Nell'economia contadina i figli erano fonte di sostentamento dei genitori anziani, soprattutto i maschi, mentre le femmine erano necessarie per la cura, ma spesso un costo a causa della dote. Queste tradizioni piuttosto diffuse a livello globale purtroppo persistono anche in epoca industriale, quindi in tutt'altro contesto, ma contribuendo a determinare ideologie gravissime come la pratica del femminicidio dei neonati in alcuni paesi, attraverso aborti mirati o infanticidi. Cfr. ad esempio CAMPO MANSILLA 2010.

¹⁰ Legame nuovamente rinforzato dai continui tagli al welfare che hanno lasciato sulle spalle femminili il peso della cura.

¹¹ Certo con alcune eccezioni – penso ad esempio alle politiche francesi di incentivazione alla filiazione –, ma pur sempre entro modalità che addossano alla donna i maggiori compiti di cura.

¹² Cfr. La rivista *About Gender*, 2, 4, 2013, parte monografica, *We want sex (equality). Riforme del mercato del lavoro, crisi economica e condizione delle donne in Europa*.

lavorative e la pressione riproduttiva, cosa che spinge molte donne a ritardare molto la maternità e molti uomini la paternità, accentuando il tasso di infertilità sia femminile sia maschile e trasformando, infine, il legittimo desiderio di genitorialità in *un'esigenza* e in *una urgenza*.

2.1. *Mini glossario*

Prima di procedere oltre, credo possa essere utile ricordare che con la denominazione “gestazione per altri” (GPA) si indicano diverse situazioni.

Occorre distinguere fra GPA tradizionale e gestazionale. Mentre nella *prima* viene fecondato l'ovocita della madre biologica con lo sperma del padre biologico e intenzionale (questa pratica può prevedere una fecondazione in vitro (IVF) ma non necessariamente), in quella *gestazionale* si possono distinguere vari casi:

1. la madre biologica sviluppa la gravidanza di un embrione fecondato del quale i genitori intenzionali sono anche i genitori genetici;
2. nella madre biologica viene impiantato l'ovulo di una terza donna, fecondato con lo sperma del solo padre genetico e intenzionale. La madre intenzionale avrà solo un legame sociale;
3. nella madre biologica viene impiantato l'ovulo della madre genetica e intenzionale, fecondato con lo sperma di un secondo uomo. Il padre intenzionale avrà solo un legame sociale¹³.
4. la madre biologica porta avanti una gravidanza con l'ovulo di una terza donna, fecondato con lo sperma di un secondo uomo. Entrambi i genitori avranno solo un legame sociale¹⁴.

È bene altresì distinguere fra GPA altruistica e commerciale. Mentre la prima prevede tutt'al più la compensazione delle spese, e normalmente, dato l'impegno che essa comporta, è fatta fra parenti e amici stretti, la seconda si basa su un contratto, variamente inquadrabile, che potremmo dire per ora “di prestazione e consegna del bambino”.

Credo sia corretto sottolineare anche l'uso improprio del termine “donazione” poiché ovociti e sperma sono normalmente venduti e comprati sul mercato. Infine è importante ricordare che una GPA può coinvolgere persone e parti di corpi soggetti a sistemi giuridici differenti, sovente confliggenti fra loro.

2.2. *Favorevoli e contrari*

Il dibattito intorno alla GPA è stato finora piuttosto povero e pare aver diviso i favorevoli e i contrari. Fra i gruppi che vedono con favore la pratica della GPA si possono distinguere: (a) coloro che insistono sull'autonomia della donna, alla quale è doveroso riconoscere la personale libertà di scelta e la competenza a decidere cosa fare del proprio corpo. (b) Coloro che insistono sull'emancipazione della donna che deriva dalla separazione fra riproduzione e sessualità, ampliando la possibilità di scelta fra i piani di vita e dunque anche un maggior eguagliamento del mondo maschile. (c) Coloro infine che ne sottolineano l'importanza per le coppie dello stesso sesso e per tutti coloro che vogliono una progenie genetica senza usare le vie riproduttive tradizionali, oltre a quei single o a quelle coppie che hanno trovato impossibile adottare.

I contrari a loro volta mi pare si possano dividere grosso modo in tre gruppi: (a) certe comunità di tipo religioso, le cui diverse ragioni fanno riferimento alle credenze delle diverse fedi in questione¹⁵.

¹³ Astrattamente possibile, non conosco casi.

¹⁴ Quest'ultimo caso è altamente problematico, giacché l'assenza di legame genetico con i genitori intenzionali lo rende indistinguibile dalla normale adozione, se non per la dimensione della *compravendita* del neonato.

(b) Gruppi di opposizione che sottolineano come questa pratica sia una commercializzazione del corpo, che lo trasforma in un servizio e comporta la vendita di bambini, riportandoci ai tempi della schiavitù, quando appunto gli esseri umani si potevano legalmente vendere e comprare. Nello stesso gruppo, altri accentuano soprattutto la violazione della dignità della donna che viene considerata una mera fattrice o produttrice di bambini. (c) Ci sono poi alcune posizioni femministe che, seppur non sempre in modo omogeneo fra loro, concordano però nel rigetto della pratica. Distingueri una versione di tipo più “essenzialista”, vicina al femminismo della differenza, e un’altra che definirei, solo apparentemente in modo più generico, “in prospettiva anti-patriarcale”, poiché mira a mettere soprattutto in discussione i valori veicolati dalla pratica e quelli diffusi nella società. È bene sottolineare come non sempre le argomentazioni siano chiare e facili da distinguere¹⁶, tuttavia vorrei provare a svolgere alcune riflessioni sparse e non strutturate a partire proprio da quest’ultima posizione.

3. Alcune questioni di genere in una prospettiva femminista

La GPA non è cosa nuova, almeno quella tradizionale ha un lungo passato. Storicamente si lega a un mondo *omosociale* – cioè dove ciò che conta sono le relazioni *non sessuali* fra maschi, come l’amicizia fra compagni e cavalieri o il rapporto fra discepolo e maestro¹⁷ – e patriarcale, mirando a perpetuare la stirpe del capofamiglia, del padre. Tuttavia, le tecniche di riproduzione assistita, trasformando quella pratica in “gestazionale”¹⁸, potrebbero aver inciso sui valori da essa veicolati, rendendola interessante anche in una prospettiva femminile. Mi sono chiesta dunque se la GPA gestazionale contemporanea veicoli nuovi valori, differenti dal passato: pur perseguendo la connessione genetica primariamente con il padre¹⁹, infatti, le nuove tecnologie biomediche, quando la madre *sociale* può usare i propri ovuli (ma non può ingravidarsi, perché ad esempio le è stato asportato l’utero), consentono oggi anche a lei di avere quel legame genetico con la prole partorita da un’altra donna, che prima era concesso solo al padre. Mi sono domandata dunque quali valori veicoli la pratica²⁰. Con difficoltà ho cercato di distinguere il piano commerciale da quello morale: se la *locatio ventris* si rivelasse una pratica moralmente indifendibile, infatti, se ne dovrebbe tener conto a tutti i livelli.

Si consideri allora prima di tutto la GPA gestazionale c.d. altruistica. Essa potrebbe apparire un caso chiaro di pratica amorevole: un dono della madre biologica per un altro essere umano che non può avere figli in modo tradizionale²¹. E infatti, sebbene l’opinione pubblica oscilli, molti insistono per un bilanciamento dei valori che s’inclinino verso il riconoscimento del merito del dono in questi casi. Questo potrebbe risolvere la questione, giacché osservando gli argomenti dibattuti ci si accorge che di

¹⁵ Tradizionalmente, per esempio, il mondo cattolico si è espresso in senso negativo, l’arcivescovo del New Jersey sostenne che la pratica «promotes the exploitation of women and infertile couples and the dehumanization of babies» (New York Times, July 19, 1987 <http://www.nytimes.com/1987/07/19/nyregion/bishops-file-brief-against-surrogate-motherhood.html>), consultato il 29/08/2016).

¹⁶ C’è anche chi argomenta a partire dai bambini, ma credo che questo aspetto vada considerato in un’altra prospettiva. Per i bambini infatti mi pare si presentino problemi analoghi a quelli dell’adozione, almeno sotto il profilo psicologico. Non mi soffermo qui sul punto.

¹⁷ Sul tema dell’omosocialità cfr. TIN 2010.

¹⁸ Oggi quella più appetibile per i genitori intenzionali, poiché risolve fin dall’origine il legame genetico fra madre biologica e prole.

¹⁹ Molti però sembrano essere anche i casi di GPA di tipo 4, dove nessun legame genetico vi è fra genitori sociali e neonato/a. Quest’ultimo dato pretende certo una riflessione urgente, e non solo nella prospettiva di genere, poiché, come già segnalato, è impossibile distinguerlo dall’acquisto di un essere umano.

²⁰ MACKLIN 1988.

²¹ Che sia questi uomo o donna single, coppie dello stesso sesso, coppie eterosessuali.

solito non viene discussa la pratica in sé, quanto piuttosto si propone un'opposizione fra GPA altruistica e commerciale, rigettando soprattutto la seconda. Ciò che in questa prospettiva fa la differenza è lo scambio di denaro: se è un dono, un regalo e non richiede nulla in cambio, non diventa commercio e allora si può accettare. Il valore dell'azione sta dunque invero nella sua gratuità. Questo però non ci dice molto sulla pratica in sé. Potremmo immaginare diversi casi in cui una donna cede gratuitamente ad un'altra la propria progenie, ma non tutti ci parrebbero meritevoli di plauso solo perché gratuiti. Tuttavia è vero che gran parte della critica rivolta alla GPA si fonda proprio sullo *sfruttamento economico* della donna – tanto da paragonarla a forme di schiavitù o di prostituzione²² e, data la dimensione che ha assunto il fenomeno a livello mondiale, è difficile negare questa preoccupazione²³. È dunque solo il denaro che ne fa una pratica criticabile? Per molti sì. Ma allora, se fosse gratuita sarebbe una pratica buona? Forse da incentivare? E come? Del resto, però, mi pare banalmente vero che non tutto ciò che viene pagato è di per sé negativo, compriamo costantemente beni e paghiamo servizi di vario genere senza per questo ritenere di agire immoralmente. La questione dunque non è molto chiara, ma tornerò in conclusione su questo punto.

Il tipo di GPA più numeroso pare essere il secondo ricordato sopra, dove il legame genetico è del solo padre, mentre la madre sociale sarà legata da vincoli di affetto. Questo tipo di pratica avviene normalmente fra sconosciuti, spesso situati in diversi continenti, e magari con l'attività di intermediazione di qualche agenzia, quindi mi pare chiaro che non possa trattarsi di GPA altruistica, anzi. Dalla diffusione di questo tipo di GPA si evince, inoltre, come il soddisfacimento del desiderio del legame “genetico” femminile sia, almeno per ora, soprattutto una possibilità. Nella realtà ciò che trova applicazione è soprattutto il desiderio della madre intenzionale di soddisfare quello del padre intenzionale attraverso un'altra donna.

Mi pare emerga dunque una subordinazione dei desideri. Tuttavia, per quanto esistente, essa deve essere colta con cautela, altrimenti si rischia di negare alla donna la qualifica di *agente autonomo*, in grado di valutare se prestarsi o no a queste pratiche, cosa che travolgerebbe in generale la sua capacità decisionale su tutte le decisioni riguardanti il suo corpo²⁴. È chiaro che il peso della normatività sociale vale per tutti e non solo per le donne, ma l'argomento liberale sull'autonomia forte è problematico, sia sotto il profilo delle preferenze adattive, sia perché in questo contesto non terrebbe in adeguata considerazione la disparità fra le parti nel contratto commerciale della GPA: coazione, coercizione e necessità toccano le parti in modo diverso e questo incide sul loro grado di libertà di scelta²⁵. Occorre comunque valutare attentamente il discorso sulla libertà di scelta in una prospettiva femminista giacché, quando le donne hanno rivendicato il riconoscimento delle loro specificità, tradizionalmente il tema della libertà è stato loro opposto come un'arma paternalista per subordinarne la volontà²⁶.

²² ANDREWS 1988. Altri insistono sulla vendita di bambini, sottolineando infatti come l'accordo lasci di solito le donne prive di tutela e di corrispettivo se la gravidanza per qualche ragione non va a buon fine (<http://www.ilfattoquotidiano.it/2013/01/26/utero-in-affitto-in-india-e-boom-clienti-anche-dallestero-ma-madri-no-hanno-tutele/454192/> consultato il 29/08/2016).

²³ Fra i siti che si trovano facilmente in rete: <http://www.vientreenalquiler.com/lideres-del-sector/ventre-de-alquiler-india/>, <http://uteroinaffittoindia.blogspot.it/2012/06/in-caso-di-maternita-surrogata-perche.html#more> (consultati il 29/08/2016).

²⁴ MACKLIN 1988, 60: «The charge of “exploitation” contradicts the moral stance that women have the ability and the right to control their own bodies. If that right grants women reproductive freedoms of other sorts, such as the right to abortion or to control the number and spacing of their children, why does it not similarly apply to the informed, voluntary choice to serve as a surrogate?».

²⁵ «[I]f men are to donate sperm and receive money for that transaction, then surrogacy should also be allowed *as an analogous* transaction for women»? (corsivo aggiunto, CENTRE FOR SOCIAL RESEARCH, 16).

²⁶ Mi vengono in mente discorsi come quello che difende l'idea dello schiavo per scelta, del lavoratore che firma un contratto capestro, e così via. Dove la coercizione dunque non implica direttamente l'uso della forza bruta.

Certo è che una prospettiva femminista non può esimersi dall'ascoltare la voce delle donne, in particolare di quelle che "affittano" il proprio utero. Molte di loro ricostruiscono la scelta di prestarsi per la GPA come una pratica amorevole; per quanto pagata, essa sarebbe un'attività del genere cui potremmo avvicinare il lavoro di un'infermiera, che si fa carico del bene di un'altra persona, che cura la sua malattia. A fronte di ciò, è altrettanto vero che altre testimoniano drammaticamente gravi problemi di informazione, assistenza, prezzo e condizioni della scelta, che risulta gravemente compromessa²⁷. Tuttavia, potremmo comunque tentare di soppesare quanta felicità e sofferenza deriva da questa pratica. Sebbene il calcolo sia difficile, potremmo pensare che una GPA rende certamente felici i genitori intenzionali – sempre però che il bambino soddisfi tutte le loro aspettative²⁸–; in molti casi di sicuro rende felice la madre biologica, sia quando fa un dono sia quando riceve un compenso per lei necessario o importante. Vista in questi termini, la bilancia sembrerebbe far pendere l'ago verso un giudizio positivo, ma io ritengo si tratterebbe di una ricostruzione semplicistica, non soddisfacente, soprattutto se si considera la complessità del fenomeno e gli ulteriori effetti correlati.

Credo ci siano altre questioni da considerare, ma non è facile dipanare la matassa. La GPA si presenta ad un tempo come una soluzione – *utile* per diversi casi di infertilità o per le famiglie dello stesso sesso e i *single* – e come una difficoltà – giacché *affittare* o *prendere in affitto un utero* pare di per sé veicolare una chiara predisposizione allo sfruttamento e all'abuso della donna, ridotta a mero mezzo per fini altrui²⁹.

Nell'ambito del femminismo si esprimono diverse opinioni. C'è chi insiste sul grado di emancipazione che deriverebbe da questa pratica per la vita delle donne, poiché aumenta le loro possibilità di scelta: nell'ottica di una filosofia come quella di Simone de Beauvoir, essa offre finalmente quella ricercata separazione fra sessualità e riproduzione. In questa direzione, un po' paradossalmente invero, non viene di solito rivendicata l'autonomia di chi prende in affitto l'utero altrui³⁰, quanto piuttosto quella delle donne che affittano il proprio ventre. Le difficoltà dell'argomento "liberatorio" si percepiscono immediatamente giacché ci si trova dinanzi a una donna che si libera vincolandone un'altra, dunque c'è solo uno spostamento del peso ma non un'emancipazione. Il discorso dell'uguaglianza, benché fondamentale per la rivendicazione della libertà di decidere del

²⁷ Su tutto questo rinvio al bel libro di DANNA 2015.

²⁸ Sono ben noti, anche se forse non ancora a sufficienza, i casi in cui una disabilità del neonato determina il suo abbandono da parte dei genitori intenzionali.

²⁹ MACKLIN 1988, 58.

³⁰ Da tutt'altra prospettiva si può però rivalutare l'argomento a favore della GPA, ricordando come vada diffondendosi un'idea di genitorialità come scelta consapevole e responsabile, sganciata cioè dal mero dato biologico o naturale e connessa, invece, al dato sociale e giuridico. Questo però non giustifica di per sé la GPA e forse, invece, dovrebbe spingere a una riformulazione della disciplina dell'adozione. Con conseguenti modifiche sul piano normativo (cfr. Judit Zeller, intervento nella Tavola rotonda sulla GPA di prossima pubblicazione sulla rivista *About Gender*), forse anche ri-considerando la norma secondo cui *madre* è colei che partorisce (art. 269 cc)? Generalmente si può divenire madre, oltretutto per parto, per adozione. Invece padri lo si può divenire in automatico, quale marito di una madre biologica, oppure con una dichiarazione all'ufficio di stato civile, o ancora con la decisione di una corte che accerta il legame genetico, e per adozione ovviamente. Qualcuno in letteratura ha sottolineato come in questo quadro vi siano maggiori opportunità giuridiche per i padri che non per le madri e, a maggior ragione, se si tiene conto delle nuove tecniche di "procreazione medicalmente assistita" (PMA) giacché i figli nati da PMA hanno lo status di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime. E alla nuova concezione della paternità il legislatore ordinario si è dimostrato sensibile modificando l'art. 231 cc. inserendo nel testo l'esplicito riferimento alla prole semplicemente *nata* durante il matrimonio, sganciando cioè il dato del concepimento dall'attribuzione di paternità. Stesso adeguamento però non è stato fatto per il rapporto di maternità, sicché il figlio genetico della madre intenzionale nato da un'altra madre biologica è comunque figlio di quest'ultima. Tuttavia, se si sgancia dal dato biologico e dalla tradizionale adozione, diventa via via difficile non estendere alla madre analogo trattamento, senza violare il principio di uguaglianza. Apprendo tuttavia la strada ad altre difficoltà. Cfr. SALONE 2014.

proprio corpo da parte delle donne³¹, quando è cieco rispetto alle differenze non sembra portare loro reali vantaggi³². È banalmente vero infatti che uomini e donne hanno un diverso impegno fisico nella procreazione: la produzione di sperma maschile non è comparabile all'estrazione di ovuli dal ventre femminile e men che meno a una gravidanza³³.

In prospettiva critica, mi pare inoltre piuttosto fondata l'obiezione di chi, come Barbara Katz Rothman, rigetta l'idea stessa di "surrogazione", di "sostituzione", perché in una gravidanza non c'è una donna che ne sostituisce un'altra, ma c'è solo *una* donna gravida.

L'uso stesso del termine "surrogazione" o della locuzione "gestazione per altri" è da rigettarsi perché è volto solo a persuadere e radicare l'idea che vi sia una naturale separatezza fra i due corpi di madre e prole, mentre invero sono completamente inseparabili per un lungo periodo: non c'è distinzione fra corpo della madre e corpo del nascituro/a³⁴. La prospettiva di Katz Rothman è particolarmente interessante perché si muove nella direzione di sollecitare l'attenzione sui valori veicolati dalle pratiche, e a maggior ragione in un contesto dove la tecnologia modifica rapidamente i nostri comportamenti, prima di qualsiasi riflessione consapevole. Questa prospettiva femminista sottolinea come nella GPA il valore primario sia attribuito ai semi e al patrimonio genetico dei genitori intenzionali, statisticamente del padre³⁵. La madre è ricostruita, al meglio, come un passivo custode e la gravidanza come lo sviluppo di un contenitore, dunque non si vede quale reale emancipazione ne deriverebbe per le donne³⁶.

Difficile superare la sensazione di sfruttamento. Questo dovrebbe sollecitare una riflessione approfondita, inquadrando la GPA nell'ambito delle pratiche mediche e sociali prodotte dalle nuove tecnologie. Una prospettiva giusfemminista credo debba insistere su questo, offrendo un diverso punto di vista dal quale guardare tali pratiche sociali: la donna non è un luogo nel quale avviene la gravidanza e l'utero non è uno zaino temporaneamente sulle spalle³⁷. La gravidanza è un'unione

³¹ Cfr ad esempio l'intervento di Anika König nella Tavola Rotonda dedicata alla GPA di prossima pubblicazione sulla rivista *About Gender*. Molti hanno notato similitudini con il dibattito intorno al lavoro sessuale. Questo, oltre alla prostituzione, include tutta una serie di attività svolte dietro compenso connesse con la sessualità e l'eroticità a scopi ricreativi.

³² Di opinione contraria Antonia Durán Ayago, cfr. Tavola rotonda sulla GPA di prossima pubblicazione sulla rivista *About Gender*.

³³ La maternità gestazionale, più cara ma anche più attraente di quella tradizionale per ovvie ragioni, coinvolge una donna che dovrà sottoporsi a pesanti cure per sopprimere l'ovulazione, prendendo grandi quantità di estrogeni sia per costruire un rivestimento dell'utero adeguato e, una volta accolto l'impianto, sia per convincere il suo corpo di essere incinta. Alcuni di questi trattamenti hanno con una certa frequenza esiti permanenti sulla donna («Examples are mood swings, headaches, hot flashes and drowsiness», CENTRE FOR SOCIAL RESEARCH, 14). Difficile negare che ci siano differenze nel ruolo riproduttivo femminile e maschile. Mi piace ricordare il saggio di GIANFORMAGGIO 1996, 214: «[N]on solo la maternità gestazionale, ma anche quella genetica differisce essenzialmente dalla paternità genetica: e non è forse proprio questo riconoscimento a giustificare la differenza prescrittiva, cioè il diverso trattamento giuridico dell'inseminazione artificiale da quello dell'accordo di surrogazione, proprio in virtù dell'attribuzione all'ovulo e allo sperma di un diverso "ruolo normativo"?».

³⁴ Tavola Rotonda dedicata alla GPA sulla rivista *About Gender*.

³⁵ RADIN 1987, 191. Famoso è il caso BabyM (https://en.wikipedia.org/wiki/Baby_M). Joan Mahoney scriveva nel 1988: «Using that logic, it should also be legal for a couple in which, for example, both parties are infertile, to contract with a woman to become pregnant by an anonymous sperm donor on the assumption that the couple would adopt the resulting baby. This would certainly appear to violate state prohibitions on payment for adoptions. The only difference in the surrogacy context is that the baby the woman is carrying is genetically related to one of the prospective parents. Either of these situations would seem to result in the "commodification" of babies» (MAHONEY 1988, 82). Non mi soffermo qui sul tema della regolazione della relazione fra prole e genitori biologici (non sociali).

³⁶ POZZOLO 2016.

³⁷ ROTHMAN 2014 36 s.

profonda, dove si condivide lo stesso sangue e lo stesso ossigeno³⁸. È un'indebita riduzione quella che si concentra solo sul materiale genetico impiantato³⁹ non dando il giusto peso alle soggettività⁴⁰ e alle relazioni umane coinvolte, che invece è fondamentale riconoscere: non farlo sarebbe distruttivo della nostra umanità.

Il dibattito odierno purtroppo è troppo spesso sbilanciato verso gli interessi dei committenti e/o dei titolari del materiale genetico, dove la GPA è ricostruita come uno scambio di organi, dove l'utero è appunto un luogo per un servizio, come se il bambino non facesse parte del contratto, ma anche prima del suo venire ad esistenza fosse già un bene dei richiedenti.

Dinanzi alla dimensione assunta dal fenomeno a livello mondiale⁴¹, anche considerando le obiezioni liberali, è davvero difficile non vedere come la GPA trasformi il corpo della donna in una *commodity*. Certo la sua diffusione evidenzia anche delle necessità o dei bisogni, ma credo ci si dovrebbe concentrare anche e soprattutto su quelli delle donne che devono mercificare il proprio ventre. Pare ovvio che in specifiche condizioni una GPA sia un'opzione interessante⁴². In questi contesti, tuttavia, la letteratura ha già chiaramente evidenziato la situazione di difficoltà sia economica sia informativa⁴³ di gran parte delle donne che si prestano.

4. Per concludere, provvisoriamente

Confesso che non ho risposte ma solo perplessità. Mi piacerebbe assistere a un dibattito sui temi e le ragioni profonde che portano alla GPA, sui perché tanti aspiranti genitori non riescano ad avere figli o non adottino bambini già esistenti⁴⁴. E anche un'attenzione per la rimozione delle cause, fin troppo note, di tanta offerta di donne⁴⁵.

³⁸ ROTHMAN 2014, 36: «Women's wombs don't walk around separate from the woman. To be pregnant is a whole-body experience [...]. At birth, babies recognize their mother's voices [...]. In pregnancy, babies are living in the rhythms of the mother's day – new-born, for example, tend to wake up at what was the pregnant women's busiest times of the day. This is not a “surrogate” relationship, but an actual lived one».

³⁹ ROTHMAN 2014, 36: «[o]wnership resides with those who produced (or indeed in these days simply purchased) the genetic material. The baby is the product of their union. The women in whom that embryo is implanted is reduced to mere pace, a body part».

⁴⁰ Sono noti i casi in cui, ancora negli anni '70 del secolo scorso, i tribunali accettavano la tesi secondo cui non si determinava alcuna discriminazione escludendo dall'assistenza sanitaria delle lavoratrici la gravidanza giacché, scrivevano, l'uomo e la donna ricevono lo stesso trattamento, mentre la maternità è una caratteristica solo femminile la cui protezione sarebbe impossibile estendere all'uomo determinando per quest'ultimo un trattamento discriminatorio. Cfr. POZZOLO 2015.

⁴¹ Interessante il numero della rivista *The American Journal of Bioethics*, 14, 5, 2014, dedicato al tema *Ethical Conditions for Transnational Gestational Surrogacy in Asia*. Già dall'anno passato si susseguono notizie circa la volontà del parlamento indiano di modificare la normativa della *surrogacy*, <http://indianexpress.com/article/india/india-news-india/govt-to-make-commercial-surrogacy-illegal-panel-to-decide-on-cases-of-infertile-couples/>; <http://edition.cnn.com/2016/09/08/asia/india-surrogacy-laws/> (consultati il 26/09/2016).

⁴² CENTRE FOR SOCIAL RESEARCH, 48. CHIAPPORI, ORFALI 2014, 34.

⁴³ Ben documentato in proposito è il libro di DANNA 2015. La richiesta proviene da benestanti genitori intenzionali e si dirige verso donne con un qualche grado di difficoltà. Non si rileva alcun fenomeno interessante di affitto dell'utero da parte di donne della classe media o alta (paesi ricchi o poveri che si considerino). Per limitare lo sfruttamento, si dice, in alcune realtà si fanno controlli sulla condizione della futura gestante escludendo le donne “troppo povere”. È chiaro che ciò serve solo a tentare di nascondere il dato commerciale e l'espansione e la diffusione della pratica in paesi, classi e fra donne che scelgono questa via per necessità.

⁴⁴ Sul piano giuridico, mi sento di insistere per evitare qualsiasi criminalizzazione della madre. I recenti interventi giurisprudenziali in Europa sono drammatici: la madre semplicemente scompare⁴⁴. Il *best interest of the child* viene

L'argomento di Katz Rothman che ho proposto sottolinea come le difficoltà non si limitino alla questione commerciale, ma se pensassimo che il dato negativo fosse solo lo scambio di denaro, forse dovremmo pensare a favorire almeno quella altruistica?

Personalmente non riesco proprio a credere che l'odierna diffusione di GPA possa basarsi su atti altruistici fra sconosciuti. Certo, quando è fatta come dono, io credo sia un dono enormemente importante e allora chiedo: siamo davvero disponibili a permettere una diffusione di un impegno tanto gravoso com'è una gravidanza senza alcun compenso⁴⁶?

Se la commercializzazione è eticamente discutibile, mi pare che anche l'ideologia dell'altruismo non sia esente da critiche, giacché vorrebbe legalizzare l'atto altruistico fra sconosciuti veicolando così, invero, il messaggio secondo cui la gravidanza è *cosa banale*, cosa da poco, qualcosa che una donna deve fare per gentilezza, perché quella è parte della sua funzione naturale, nulla di più, senza far caso alle difficoltà, ai rischi e al dolore: tutto gratis⁴⁷.

Forse una società matrilineare non avrebbe sviluppato la GPA, certo è che le nuove tecnologie riproduttive hanno erroneamente indotto a equiparare il seme maschile e quello femminile, inducendo a pensare al nascituro come a un bene di proprietà che da quei semi *banalmente* viene prodotto, come un'inferenza logica, e per il quale, appunto, in ragione dei primi, si ha titolo⁴⁸. In questo modo si perde il senso delle relazioni umane, chi sia davvero connesso a chi perde significato⁴⁹. La GPA non è una mera scelta individuale avulsa dal contesto, si caratterizza come una pratica sociale e la sua odierna diffusione dipende in larga parte da fenomeni economici, pare dunque colpevole l'attenzione dedicata agli interessi dei genitori intenzionali, dimenticandosi della madre e delle condizioni nelle quali "sceglie". È importante mettere in luce invece come non si possa affrontare la questione etica ragionando solo sul piano dei singoli individui, la GPA gestazionale non è un'azione isolata, né semplicemente individuale, ma si inserisce in una cultura, in una pratica sociale. Mi sembra importante allora sottolineare ancora come la crescente domanda di uteri in affitto abbia una radice sia sociale sia economica, come non si configuri quale risposta a una necessità biologica o naturale della specie umana e, per contro, sia la risposta a sollecitazioni di settori del mercato globale della procreazione che, appunto, trova immensi guadagni affittando ventri e cedendo bambini⁵⁰. Anche l'ideologia che ricostruisce l'assenza di maternità come un male da correggere,

usato come arma per aggirare divieti senza giustificazione, se non la evidente incapacità degli stati di farsi carico della cura dei minori dichiarati abbandonati o inseriti in strutture di accoglienza. Con la conseguenza che i genitori intenzionali, che possano o meno avere un legame genetico con la prole, potranno andarsela a *comprare* all'estero. Ciò significa che sarà possibile, giuridicamente (e forse anche moralmente?), comprare esseri umani? Ma solo all'estero. Oppure diverrà possibile ovunque. Mi permetto di rinviare a POZZOLO S. (in corso di pubblicazione).

⁴⁵ Come del resto anche di uomini che vendono i propri organi <http://www.focus.it/natura/il-mercato-nero-degli-organ-secondo-l-oms03092013-7844> (consultato il 26/09/2016).

⁴⁶ Ci sono studi che affermano l'assenza di danni o sofferenza psicologica della madre biologica nella pratica della GPA (MACCALLUM et al. 2003) e altri che affermano il contrario: «Most of the surrogate mothers we interviewed were not willing to answer questions on how they felt after relinquishing the child; however field level observation notes that the surrogate mothers would feel attached to the babies even though they were not biologically their own children», CENTRE FOR SOCIAL RESEARCH, 30.

⁴⁷ EKMAN 2013.

⁴⁸ ROTHMAN 2014, 37.

⁴⁹ ROTHMAN 2014, 37.

⁵⁰ Sylvaine Agacinski, che ha una posizione contraria alla GPA, in un'intervista sottolinea come «l'uso delle donne come madri surrogate poggia su relazioni economiche sempre diseguali: i clienti, che appartengono alle classi sociali più agiate e ai Paesi più ricchi, comprano i servizi delle popolazioni più povere su un mercato neo-colonialista. Inoltre, ordinare un bambino e saldare il prezzo alla nascita significa trattarlo come un prodotto fabbricato e non come una persona umana. Ma si tratta giuridicamente di una persona e non di una cosa», <http://www.avvenire.it/Vita/Pagine/il-mio-no-da-sinistra-agli-uteri-in-affitto.aspx> (consultato il 26/09/2016). Si calcola che nel mondo ci siano almeno 160 milioni di bambini già esistenti abbandonati.

contribuendo a creare la necessità che trova poi il suo mercato, ritengo sia complice della crescita della pratica. È urgente riflettere sulla spinta sociale che trasforma un legittimo desiderio di genitorialità finanche in malattia. Mi pare altresì problematico parlare di diritto alla genitorialità⁵¹ per affrontare queste pratiche, forse il linguaggio dei diritti non è adatto, soprattutto se non lo si vuole usare per rispondere alla macchina economica dei bisogni e dei desideri. Certo la questione è decisamente più complessa per potersi affrontare con uno slogan: essa coinvolge molti aspetti differenti fra loro, che vanno dalla redistribuzione delle conoscenze e della ricchezza sociale, alla banale domanda su chi sarebbe il soggetto obbligato di un tale diritto: chi dovrebbe soddisfarlo⁵²?

Io ritengo sia necessario sollecitare un'etica incarnata, una riflessione che investa più ampiamente il tema della libertà delle scelte e delle scelte libere, a maggior ragione in una prospettiva femminista. I processi deliberativi sono infatti in gran parte ancora condizionati da una storia patriarcale e *omosociale*: nella promessa dell'uguaglianza spesso si è nascosto e continua a nascondersi il tranello della *sameness*, dove le donne somigliano ma saranno sempre diverse dagli uomini perché il criterio di misura è il maschile⁵³.

Quel che a prima vista appare neutro dunque invero non lo è se non tiene conto delle differenze⁵⁴. Tutti noi nel mondo viviamo incarnati in una persona determinata⁵⁵ e ciononostante ci viene imposto di uguagliare i *tipi* di individui che il diritto e la morale costruiscono per la società. *Tipi* che, costruiti dalla *norma*, danno luogo a idee socialmente dotate di un variabile grado di vincolatività che conforma le nostre opinioni sulle persone e su come esse si comportano⁵⁶. Le regole, siano esse giuridiche, sociali o morali, incidono tutte pesantemente sui disegni dei nostri piani di vita⁵⁷: la nostra storia culturale ha portato a una separazione del corpo dalla mente, allontanando la carne dalla soggettività⁵⁸. Un processo di disincarnazione che unito a una moralità di genere ha escluso il corpo femminile dal riconoscimento di una piena soggettività morale per lungo tempo⁵⁹, e rischia di farlo ancora. Tuttavia quel riconoscimento è necessario per la percezione della propria autonomia e coerenza⁶⁰.

⁵¹ E non è secondario riflettere anche sulle modalità che dovrebbero soddisfare quel desiderio, ad esempio affittare uteri come se fossero zaini non chiede alcun bilanciamento con l'abbandono dei 160 milioni di bambini?

⁵² POZZOLO 2016.

⁵³ GIANFORMAGGIO 1996.

⁵⁴ APPIAH 2005, 88.

⁵⁵ APPIAH 2005, XIV.

⁵⁶ APPIAH 2005, 22.

⁵⁷ Riguardo alla prospettiva neutrale, che come giustamente segnala DEL BÒ (2014, soprattutto 122 s.) è quella che ha dato forza alle libertà negative degli stati moderni, occorre notare che essa non sempre è sufficiente. Cioè, per meglio dire, il discorso che muove dalla neutralità talvolta suggerisce un permesso, magari emancipante, ma anche l'astensione dal predisporre i mezzi per conseguirlo: così è permettere l'aborto e non predisporre i luoghi dove svolgerlo in sicurezza. Ciò rappresenta, dunque, piuttosto una manifestazione di *disinteresse* che non un atteggiamento neutrale: si svincola la società eticamente ed economicamente dal prendersi cura delle donne che abortiscono. Questo è il risultato di una società eticamente disincarnata basata solo sui bisogni maschili, dove solo in apparenza si bilanciano i valori di tutti, mentre invero si evidenzia il disinteresse per la questione femminile, giacché solo le donne rimangono incinta.

⁵⁸ Si tratta di una tendenza che può accentuarsi anche con lo sviluppo degli apparati tecnologici per il c.d. *human enhancement* e la filosofia del post-umanesimo tecnologico, in letteratura critica, per esempio, cfr. CERQUI, ARRAS 2003, BREY 2008.

⁵⁹ ETTORE 2007, 253.

⁶⁰ ETTORE 2007, 253. «Any person whose unique experiences have been largely omitted from the dominant culture (e.g. women, the poor, Black and ethnic minority women, lesbians and gay men, the disabled, etc.) will sense this loss. It is a distortion to think that generic persons exist in moral situations or that gender is irrelevant to moral deliberations [...]. Making morals is an embodied experience as well as a deeply gendered process. Thus, women experience a fragmented morality of the body. In moral terms, their bodies are not whole but they have become fragmented or broken».

Bibliografia

- ANDREWS L.B. 1988. *Surrogate Motherhood: The Challenge for Feminists*, in «Law Medicine & Health Care», 16, 1988, 72 ss.
- APPIAH K.A. 2005. *The Ethics of Identity*, Princeton, Princeton University Press, 2005.
- BREY P. 2008. *Human Enhancement and Personal Identity*, in BERG OLSEN J., SELINGER E., RIIS S. (eds.), *New Waves in Philosophy of Technology. New Waves in Philosophy Series*, New York, Palgrave Macmillan, 2008, 169 ss. Disponibile in: https://www.utwente.nl/bms/wijsb/organization/brey/Publicaties_Brey/Brey_2008_Human-Enhancement.pdf (consultato il 26/09/2016).
- CAMPO MANSILLA B. 2010. *El Feticidio e infanticidio femeninos*, in «Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas», 27, 3, 2010. Pubblicazione associata alla Rivista *Nomads. Mediterranean Perspectives*. Disponibile in: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/27/beatrizcampos.pdf> (consultato il 29/08/2016).
- CENTRE FOR SOCIAL RESEARCH s.d. *Surrogate Motherhood – Ethical or Commercial*, Vasant Kunj, India, Centre for Social Research. Disponibile in: <http://www.womenleadership.in/Csr/SurrogacyReport.pdf> (consultato il 10/10/2016).
- CERQUI D., ARRAS K.O. 2003. *Human Beings and Robots: Towards a Symbiosis? A 2000 People Survey*, Orlando, International Conference on Socio Political Informatics and Cybernetics (PISTA'03), 2003. Disponibile in: <http://www2.informatik.uni-freiburg.de/~arras/papers/cerquiPISTA03.pdf> (consultato il 26/09/2016).
- DANNA D. 2015. *Contract Children*, Stuttgart, Ibidem-Verlag, 2015.
- DEL BÒ C. 2014. *La neutralità necessaria, Liberalismo e religione nell'età del pluralismo*, Pisa, ETS, 2014.
- EKMEN E.K. 2013. *Being and Being Bought. Prostitution, Surrogacy and the Split Self*, North Melbourne, Spinifex, 2013.
- ETTORRE E. 2007. *Genomics, Gender and Genetic Capital: the need for an embodied ethics of reproduction*, in ROTHMAN B.K., ARMSTRONG M.E., TIGER R. (eds.), *Bioethical issues, sociological perspectives. Advances in Medical Sociology*, vol. 9, Amsterdam, Elsevier, 2007, 245 ss.
- GIANFORMAGGIO L. 1996. *Correggere le diseguglianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'eguaglianza?*, in ID., *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005, 201 ss. (ed. or. in «Democrazia e diritto», 36, 1, 1996, 53 ss.)
- HEIM D., BODELÓN GONZÁLEZ E. (eds.) 2010. *Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, vol. 1, Barcellona, Universitat Autònoma de Barcelona, Grupo Antígona y “Dones i Drets”, 2010. Disponibile in: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=411040>.
- IGAREDA GONZÁLEZ N. 2010. *El concepto socio-jurídico de maternidad y paternidad*, in HEIM D., BODELÓN GONZÁLEZ E. (eds.), *Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, vol. 1, Barcellona, Universitat Autònoma de Barcelona, Grupo Antígona y “Dones i Drets”, 2010, 229 ss.
- MACCALLUM F., LYCETT E., MURRAY C., JADVA V., GOLOMBOK S. 2003. *Surrogacy: the experience of commissioning couples*, in «Human Reproduction», 18, 6, 2003, 1334 ss.
- MACKLIN R. 1988. *Is There Anything Wrong with Surrogate Motherhood? An Ethical Analysis*, in «Law Medicine & Health Care», 16, 1988, 57 ss.
- MAHONEY J. 1988. *An Essay on Surrogacy and Feminist Thought*, in «Law Medicine Ethics», 16, 1988, 81 ss.
- ORFALI K., CHIAPPORI P.A. 2014. *Transnational Gestational Surrogacy: Exploitative or Empowering?*, in «American Journal of Bioethics», 14, 5, 2014, 33 ss.

- OTTAVIANO C. 2015. *Motherhood and care: (still) women's destiny?*, in «About Gender», 4, 8, 2015.
- POZZOLO S. (in corso di pubblicazione). *Delocalizzare la (ri)produzione? Riflessioni sul diritto, la maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in «Politeia».
- POZZOLO S. 2011. *To free her, we need to destroy the myth. Note antropologiche e speranze politiche*, in «Ragion pratica», 2, 2011, 443 ss.
- POZZOLO S. 2015. *(Una) Teoria femminista del diritto. Genere e discorso giuridico*, in CASADEI T. (ed.), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Giappichelli, Torino, 2015, 17 ss.
- POZZOLO S. 2016. *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in «Rivista di biodiritto», 2, 2016, 93 ss.
- RADIN M.J. 1987. *Market-Inalienability*, in «Harvard Law Review», 100, 1987, 1849 ss. Disponibile in: <http://www.public.iastate.edu/~jwcwolf/Papers/Radin.pdf> (consultato il 2/09/2016).
- ROTHMAN B.K. 2014, *The Legacy of Patriarchy as Context for Surrogacy. Or Why Are We Quibbling Over This?*, in «The American Journal of Bioethics», 14 ,5, 2014, 36 ss. Disponibile in: <https://drive.google.com/file/d/0B5cvFH0n3yAudTVBU1JocHdYRTA/view> (consultato il 26/09/2016).
- SALONE B. 2014. *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in «Biodiritto», 2, 2014, 157 ss.
- TIN L.G. 2010. *L'invenzione della cultura eterosessuale*, Palermo, :duepunti edizioni, 2010.

SEBASTIÁN AGÜERO-SANJUAN

*Seguridad jurídica a través del análisis de los mecanismos de exclusión normativa.
Una presentación del caso español*

*Legal Certainty by Means of the Analysis of the Normative Exclusion Mechanisms.
A Presentation of the Spanish Case*

ABSTRACT

La seguridad jurídica constituye uno de los pilares de un orden democrático consolidado, y se inserta en el debate sobre la necesidad de fortalecer el tejido institucional para un adecuado desarrollo económico y social de los Estados. Así, el presente trabajo busca detectar las insuficiencias que presenta el derecho español en materia de seguridad jurídica a partir de un análisis de los mecanismos de exclusión normativa reconocidos en él (principalmente, derogación, nulidad e inaplicabilidad). De esta manera, se explicitan los diversos supuestos en que el ordenamiento jurídico no entrega una solución al momento de determinar la normativa que debe ser empleada, o bien, esta solución no es lo suficientemente clara para motivar el comportamiento de sus destinatarios. Por tanto, a partir de su propuesta de análisis, este trabajo constituye un primer paso hacia una protección más efectiva de los derechos humanos a través del fortalecimiento de un aspecto central del Estado de Derecho: la seguridad jurídica.

Legal certainty is one of the cornerstones of consolidated democratic orders. In this way, legal certainty is inserted in the debate about the need to strengthen the institutional tissue in order to achieve an adequate economic and social development. Consequently, the article specifically focuses on revealing the insufficiencies of Spanish law in the area of legal certainty by means of the analysis of the normative exclusion mechanisms recognized therein (mainly, repeal, nullity and inapplicability). This shows the different cases where either the legal system does not provide a solution for determining the applicable rules or this solution is not clear enough to motivate the behavior of the addressees. Therefore, based on their analysis, this article is a first stage towards a more effective protection of human rights by strengthening one central aspect of the Rule of Law: legal certainty.

KEYWORDS

Seguridad jurídica, Mecanismos de exclusión normativa, Derechos Humanos

Legal certainty, normative exclusion mechanisms, Human Rights

SEBASTIÁN AGÜERO-SANJUAN*

*Seguridad jurídica a través del análisis de los mecanismos de exclusión normativa
Una presentación del caso español*

1. *Introducción* – 2. *Algunas precisión conceptuales* – 2.1. *Seguridad jurídica* – 2.2. *Exclusión normativa*
– 3. *Mecanismos de exclusión en el derecho español* – 3.1. *Formas jurídicas del derecho español*
– 3.2. *Relaciones y mecanismo de exclusión* – 3.3. *Tabla de oposición normativa* – 4. *Los mecanismos de exclusión frente a la seguridad jurídica* – 4.1. *Un balance de la situación* – 4.2 *La seguridad jurídica de los mecanismos de exclusión* – 5. *Algunas conclusiones*

1. *Introducción*

En 2012, la ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2012) informó sobre los problemas comunes que enfrentan los Estados en sus esfuerzos por garantizar la democracia y el Estado de Derecho. Este informe reconoce la interdependencia entre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho puesto que, el debilitamiento de cualquiera de ellos pone en peligro a los otros. Así, como aspecto fundamental de un Estado de Derecho, la seguridad jurídica constituye uno de los pilares de un orden democrático consolidado; junto con otros principios, como la supremacía de la ley, la igualdad y la separación de poderes. De este modo, cuando se presentan bajos niveles de seguridad jurídica el Estado de Derecho se debilita, y en consecuencia, resultan afectados el orden democrático y los derechos humanos¹.

De acuerdo con BOBBIO (1989), y a partir de la citada interdependencia, acerca de que el problema de fondo de los derechos humanos es su protección, pretendo mostrar cómo la falta de claridad respecto de los mecanismos de exclusión normativa contemplados en un ordenamiento jurídico concreto afecta los niveles de seguridad jurídica, y consecuentemente, pone en peligro su orden democrático y los derechos humanos reconocidos en él. En otras palabras, a través de la noción de seguridad jurídica, pretendo mostrar cómo algunos rasgos propios de los ordenamientos jurídicos actuales, vinculados con la exclusión normativa, contribuyen a establecer una brecha entre las declaraciones de derechos humanos establecidas en las Constituciones y las Cartas internacionales, y el establecimiento de estos en la práctica.

* Doctor en Derecho y Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Email: sebastian.aguero@uach.cl.

A Josep María Vilajosana, Alberto Carrio y Lorena Ramírez agradezco los comentarios y las sugerencias formulados a las versiones preliminares del presente trabajo. Este se enmarca en la elaboración de una tesis doctoral financiada por CONICYT, Programa Formación de Capital Humano Avanzado, Becas Chile 72110448.

¹ Por ejemplo, en el informe antes citado, algunos países declararon la adopción de medidas a nivel legislativo, judicial y administrativo para suprimir las incoherencias que se presentan entre sus ordenamientos jurídicos y los principios del derecho internacional, así como también, para determinar los órganos encargados de supervisar la conformidad de la Constitución y las leyes nacionales con el derecho internacional.

De este modo, para satisfacer los objetivos propuestos, el presente trabajo se distribuye en cuatro apartados destinados a presentar algunas precisiones conceptuales en torno a la seguridad jurídica y los mecanismos de exclusión normativa (apartado 2); analizar los mecanismos de exclusión en el derecho español (apartado 3); presentar un balance de los resultados obtenidos a partir del análisis (apartado 4); y finalmente, esbozar algunas conclusiones (apartado 5).

2. *Algunas precisión conceptuales*

El presente trabajo analiza los mecanismos de exclusión normativa contemplados en el derecho español en razón de su calidad de caso paradigmático de “derecho positivo contemporáneo”. Entiendo por este último, aquel derecho positivo que en los últimos cincuenta años ha sufrido importantes transformaciones vinculadas con el debilitamiento de la división de poderes, la multiplicación de las fuentes de creación y aplicación normativa, y la consagración de una marcada distribución de competencias².

Así, el “actual derecho español” es claramente subsumible en un derecho positivo con estas características. Este en su Constitución establece y garantiza diversas fuentes de creación y aplicación normativa dentro de la organización territorial del Estado, así como también, atenúa las relaciones jerárquicas entre sus elementos mediante una marcada distribución de competencias entre las Comunidades Autónomas y el Estado central. Y adicionalmente, con el ingreso de España a la Comunidad Económica Europea (antecedente de la Unión Europea – en adelante UE) se multiplican aun más los órganos de creación y aplicación normativa, y se atenúa aun más las relaciones de jerarquía entre sus elementos³.

2.1. *Seguridad jurídica*

En el derecho español, la seguridad jurídica esta consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución de 1978, y es considerada como uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, los cuales están destinados a promover los valores superiores propugnados por este, como son el Estado social y democrático de Derecho⁴.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional español (en adelante TC), la seguridad jurídica es la suma equilibrada de la certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, de tal suerte que, el orden jurídico, permita promover la justicia, la igualdad y en libertad. En consecuencia, el legislador debe perseguir la claridad o certeza y no la confusión normativa, procurando que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse. También, debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas, principalmente, por razón del reparto de competencias, en las cuales deben colaborar en la legislación el legislador estatal y el autonómico. Por los tanto, para preservar la seguridad jurídica se debe promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho (aspecto objetivo) y evitar perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál

² BERMEJO 2005; MAZZARESE 2007; ZAPATERO 2009.

³ Una visión similar acerca del derecho español en MUÑOZ MACHADO 2006a, 226 ss.

⁴ Art. 9.3. Constitución Española de 1978 (en adelante CE) «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

sea el Derecho aplicable, cuáles son las consecuencias derivadas de las normas vigentes e incluso respecto de cuáles sean estas (aspecto subjetivo)⁵.

Esta manera de entender la seguridad jurídica será la empleada para evaluar el grado en que ella se presente en el derecho español con base en los mecanismos de exclusión normativa contemplados en él.

2.2. Exclusión normativa⁶

Cuando Adolf Merkl propone una reconstrucción escalonada de los derechos positivos dinámicos utiliza una locución similar a “forma jurídica” para referir tanto al formato como al contenido que puede presentar el derecho al emanar de una autoridad normativa, es decir, la forma jurídica representa tanto a las normas como la cáscara que las encapsula.

Además, Merkl sugiere que el principio de producción y el principio de exclusión normativa constituyen puntos de unidad y coherencia de los derechos positivos dinámicos, porque la manera en que las formas jurídicas de un ordenamiento pueden ser producidos o suprimidos está determinada por las propias normas jurídicas que lo integran. Así, por un lado, todas aquellas normas jurídicas creadas con base en una misma “regla de producción” detentan la misma forma jurídica, y por otro, dos formas jurídicas tienen la misma “fuerza excluyente” cuando pueden suprimirse recíprocamente con base en lo establecido en el propio ordenamiento. De este modo, la propuesta *merkliana* reconoce que una reconstrucción del derecho con base en las “reglas de producción” no es necesariamente equivalente a otra realizada a partir de la “fuerza excluyente”, ya que una misma forma jurídica puede ocupar lugares diversos dentro de una reconstrucción, según qué principio sea utilizado para su confección⁷.

Es importante destacar que Merkl pretendía diferenciarse de la doctrina tradicional de la “fuente del derecho”, caracterizada por su visión simplificada de un variado cuadro de elementos normativos en unas cuantas categorías. Así, para evitar esta perniciosa tendencia de reducir todo el derecho a una única o algunas pocas fuentes equivalentes, y además, evitar la equívocidad de la locución “fuente de derecho”, Merkl propone dos maneras de reconstruir escalonadamente los derechos positivos dinámicos, para capturar en mayor medida la complejidad de los mismos⁸.

En un ordenamiento jurídico la fuerza excluyente de las formas jurídicas que lo integran está determinada por las relaciones existentes entre estas, de modo que, para determinar cada relación de exclusión se deben diferenciar tres elementos: i) un criterio que da mayor fuerza excluyente a una forma jurídica; ii) una regla que impone el deber de elegir la forma jurídica con mayor fuerza excluyente; y consecuentemente, iii) una regla que establece la aplicación de un mecanismo de exclusión como apropiados para eliminar, excluir o relegar unas formas jurídicas frente a otras.

De esta manera, una forma jurídica F_{j1} detenta una mayor fuerza excluyente que otra F_{j2} cuando F_{j1} puede excluir a F_{j2} , pero F_{j2} no puede excluir a F_{j1} , y en cambio, dos formas jurídicas F_{j1} y F_{j2}

⁵ Sentencias del TC 27/1981 de 20 de julio, 46/1990 de 15 de marzo, 146/1993 de 29 de abril, 273/2000 de 15 de noviembre, 146/2013 de 29 de abril, 103/2015 de 28 de mayo,

⁶ Agradezco al *referee* sus comentarios, ya que a partir de ellos he podido expresar con mayor claridad y precisión las ideas desarrolladas en este apartado.

⁷ Utilizo la expresión “fuerza excluyente” porque plasma en mejor medida la pretensión *merkliana* de abarcar con ella todos los mecanismos que reconoce un ordenamiento jurídico como apropiados para eliminar, excluir o relegar sus normas frente a otras, v.gr., nulidad, derogación e inaplicabilidad, entre otros (este concepto jurídico debe ser entendido como una extensión figurativa o metafórica, y no con un significado físico-casual). En mayor profundidad sobre esta reconstrucción del pensamiento *merkliano* en: MERKL 1931; WALTER 1974; y ABIGNENTE 1990.

⁸ MERKL 1931. Son razones suficientes para mantener la nomenclatura de Adolf Merkl, las consideraciones recién citadas y la estrecha vinculación entre el principio de producción y la noción de “fuente de derecho”.

detentan la misma fuerza excluyente cuando pueden excluirse de manera recíproca. Asimismo, la diferencia de fuerza excluyente entre diversas formas jurídicas emanadas de una misma autoridad puede ser establecida por el propio ordenamiento mediante el establecimiento de diversos actos o procedimientos para su expedición. No obstante, no se debe presumir la igualdad de fuerza excluyente de formas jurídicas emanadas de la misma autoridad mediante actos o procedimientos diversos.

Generalmente, en un ordenamiento jurídico, los principales “mecanismos de exclusión normativa” destinados a plasmar la fuerza excluyente de las formas jurídicas que lo integran son la derogación, la nulidad y la inaplicabilidad. Por ende, resulta necesario proponer una definición estipulativa de cada uno de ellos, a saber: i) la forma jurídica Fj_2 deroga a otra forma jurídica Fj_1 cuando Fj_1 es expulsada del ordenamiento, esto es, deja de pertenecer a este; ii) la forma jurídica Fj_1 produce la nulidad de otra forma jurídica Fj_2 cuando Fj_2 es suprimida del ordenamiento, es decir, se retrotraen sus efectos como si nunca hubiese pertenecido a este, o bien, en casos de nulidad sobrevenida a partir de la declaración de nulidad los efectos son suprimidos; y iii) la forma jurídica Fj_1 produce la inaplicabilidad de otra forma jurídica Fj_2 cuando Fj_1 es relegada en su aplicación, i.e., a un caso concreto solo Fj_1 resulta aplicada, aunque luego ambas continúan perteneciendo al ordenamiento.

En definitiva, para mostrar cómo el tratamiento de los mecanismos de exclusión puede socavar la seguridad jurídica, presento las distintas formas jurídicas del derecho español en una relación cronológica (anterioridad y posterioridad), para determinar en qué casos el ordenamiento jurídico establece: i) los mecanismos de exclusión normativa (derogación, nulidad e inaplicabilidad); ii) consagra la preferencia de una forma jurídica frente a las otras; y consecuentemente, iii) explicita los casos en que no se entrega respuesta o esta no es clara.

3. Mecanismos de exclusión en el derecho español

Para un adecuado análisis de los mecanismos de exclusión en el derecho español, es necesario determinar cuáles son sus componentes, es decir, cuáles son las distintas formas jurídicas reconocidas en él, para, a partir de ahí, determinar cuál es la relación de exclusión que se presenta entre ellas y qué mecanismos de exclusión establece el propio derecho para plasmar esta relación.

Es importante enfatizar que la determinación de las formas jurídicas y sus relaciones de exclusión necesita un estudio de los materiales normativos emanados de las diversas autoridades de creación normativa, y fundamentalmente, la revisión de los planteamientos de los operadores jurídicos, en concreto, la doctrina y la jurisprudencia, como representantes privilegiados de la práctica jurídica. De esta manera, solo en la interacción entre derecho positivo, doctrina y jurisprudencia es posible dar respuesta a las interrogantes que pretende resolver el presente artículo. Por ende, es a partir de lo dispuesto en los textos jurídico-positivos y de conformidad con lo sostenido por la doctrina y la jurisprudencia, que en lo que sigue, se desarrolla, en primer lugar, las formas jurídicas reconocidas en el derecho español, para luego examinar las relaciones y mecanismos de exclusión que se presentan entre ellas.

3.1. Formas jurídicas del derecho español

De acuerdo con una posición dominante, las principales formas jurídicas del derecho español son: los Tratados fundacionales de la UE; los Reglamentos, Directivas y Decisiones de la UE; los Tratados o Convenios suscritos por la UE; la Constitución Española de 1978; los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por el Estado español; las leyes orgánicas constitucionales, las leyes ordinarias, las leyes de base, las leyes básicas, las leyes marco, las leyes de transferencia, y las leyes de armonización; los Reales decretos legislativos, los Reales decretos-leyes, los Reales decretos (del

Presidente del Gobierno y del Consejo de Ministros) y los Reales decretos de emergencia; las Órdenes ministeriales; los Estatutos de Autonomía; las leyes autonómicas de desarrollo (de las políticas globales a nivel nacional o de la coordinación en ciertas materias), las leyes autonómicas delegante (de competencias extraordinarias y de competencias no exclusivas del Estado), las leyes autonómicas ordinarias; y finalmente, los reglamentos autonómicos⁹.

Generalmente, para su análisis, las citadas formas jurídicas son clasificadas o distribuidas en cuatro grandes grupos en atención a cuál es el centro de creación normativa o autoridad de la cual emanan: i) derecho de la UE; ii) derecho internacional; iii) derecho estatal; y iv) derecho autonómico. Por consiguiente, a partir de esta clasificación, presento cómo las formas jurídicas previamente señaladas componen cada uno de los grupos normativos.

Derecho de la UE. Está conformado por tres subgrupos: (a) el derecho originario, integrado por los tratados fundacionales, ya sean constitutivos, modificativos y complementarios de la UE; (b) el derecho derivado, compuesto por los reglamentos, directivas y decisiones de la UE; y (c) los compromisos externos de la UE, formados por los acuerdos internacionales celebrados por la UE en el marco de sus competencias externas.

Tradicionalmente, el derecho comunitario no establecía preferencia entre sus componentes derivados (reglamentos, directivas y decisiones). No obstante, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se establece una distinción entre: i) actos legislativos, aquellos adoptados mediante un procedimiento legislativo ordinario o especial; ii) actos delegados, aquellos actos no legislativos de carácter general que complementan o modifican determinados elementos no esenciales del acto legislativo; y iii) actos de ejecución, aquellos destinados a configurar las condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la UE. Además, entre estos actos se establece una relación de exclusión transitiva, es decir, para el caso de oposición entre ellos, los actos legislativos excluyen a los delegados y estos a los de ejecución, los cuales son igualmente excluidos por los primeros. Así, en función de esta distinción y relación de exclusión, para efectos de simplificar la presentación se considerarán a los reglamentos, directrices y decisiones con carácter de actos legislativos¹⁰.

Asimismo, las directivas obligan solo a los Estados miembros una vez estos han realizado un acto previo de trasposición de las mismas. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la UE (en adelante TJUE) ha resuelto que, excepcionalmente, las directivas pueden ser aplicadas directamente en un Estado miembro sin necesidad del acto de trasposición en los siguientes casos: i) cuando el plazo de trasposición haya vencido y la directiva no haya sido traspuesta o lo haya sido deficientemente; ii) si las disposiciones de la directiva son de contenido suficientemente claro para ser invocadas por un justiciable y aplicadas por un juez; y iii) en los casos en que las disposiciones de la directiva confieran derechos al ciudadano individual, es decir, la obligación en cuestión no pueda ser condicionada por los Estados miembros. En consecuencia, a partir de estas consideraciones y para efectos de esta presentación, se consideran únicamente a las directivas traspuestas o que cumplan alguna de las condiciones señaladas por el TJUE¹¹.

⁹ Esto de acuerdo con: GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ 2013; LACRUZ et al. 2006; PAREJO, 2003; y MUÑOZ MACHADO 2006b, entre otros. A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (01/12/09), la UE se ha hecho cargo de las competencias anteriormente conferidas a la Comunidad Europea, y de este modo, el Derecho Comunitario ha pasado a ser Derecho de la UE, en la medida en que este último integra todas las disposiciones adoptadas en el pasado. El Tratado de Lisboa en su versión consolidada se integra del Tratado de la UE (en adelante TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante TFUE).

¹⁰ La distinción se consagra en los art. 289, 290 y 291 del TFUE.

¹¹ La aplicación excepcional de las Directivas se consagra en las sentencias del TJUE: Asunto Van Duyn 41/174 de 04 de diciembre de 1974, Asunto Ratti 148/78 de 05 de abril de 1979, y Asunto Becker 08/81 de 19 de enero de 1982. Además, es señalada por FERNÁNDEZ et al 2000, 154-159.

De igual modo, es importante distinguir entre los acuerdos internacionales concluidos por la UE de aquellos concluidos por sus Estados miembros, ya que, mientras los primeros son abordados como derecho de la UE, los segundos serán desarrollados como derecho internacional, con la finalidad de no alterar la perspectiva explicativa adoptada, i.e., situar el eje de la reconstrucción desde el derecho español¹².

Derecho Internacional. Este grupo se encuentra constituido por los diversos tratados y convenios internacionales válidamente celebrados por el Estado español y publicados oficialmente en España.

Cabe precisar que, en la presente reconstrucción no se consideran las modificaciones sufridas por el derecho internacional general, es decir, aquellas de carácter consuetudinario, cuyo contenido y alcance se determina de acuerdo con la práctica constante y uniforme unida a la *opinio juris* de la generalidad de los Estados. Por lo mismo, únicamente se considera el derecho internacional convencional, esto es, aquel que en principio es de carácter escrito.

Derecho Estatal. Este grupo está integrado por tres subgrupos: (a) el derecho constitucional, representado por la CE y sus reformas; (b) el derecho legislativo estatal, formado por las diversas clases de las leyes orgánico constitucionales, las leyes ordinarias, las leyes de base, las leyes básicas, las leyes marco, las leyes de transferencia, las leyes armonización, los reales decretos legislativos y los reales decretos-leyes; y (c) el derecho reglamentario estatal, conformado por los Reales decretos legislativos, los Reales decretos-leyes, los Reales decretos (del Presidente del Gobierno y del Consejo de Ministros) y los Reales decretos de emergencia, junto con las Órdenes ministeriales.

Derecho Autonómico. Este grupo normativo se encuentra compuesto por tres subgrupos: (a) el derecho de los estatutos de autonomía, representado por los propios Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y sus reformas, (b) el derecho legislativo autonómico integrado principalmente por las leyes autonómicas de desarrollo (del marco de las políticas globales a nivel nacional o de la coordinación en ciertas materias), las leyes autonómicas delegante (de competencias extraordinarias y de competencias no exclusivas del Estado), las leyes autonómicas ordinarias; y (c) el derecho reglamentario autonómico, formado por los reglamentos emanados de los gobiernos autonómicos.

Ahora bien, para efectos del presente análisis únicamente considero dos grupos, Derecho de la UE y Derecho Internacional, junto con el subgrupo Derecho Constitucional, ya que, dentro del derecho español, estos son elementos que presentan una mayor importancia, junto con un mayor ámbito de aplicación. De este modo, de los setecientos noventa y tres (793) casos genéricos o situaciones posibles en las cuales es necesario elegir entre las diversas formas jurídicas que integran el derecho español situadas en momentos temporales diversos, el presente análisis solamente incluye cien (100) casos genéricos o situaciones posibles en razón de su alcance y preponderancia para entender otros ordenamientos jurídicos contemporáneos, principalmente, de los estados miembros de UE¹³.

3.2. Relaciones y mecanismo de exclusión

Las distintas formas jurídicas del derecho español se ubican en una situación en que una de ellas debe elegida en virtud de su fuerza excluyente, para lo cual se considera: i) el tipo de forma jurídica de que se trata; ii) el grupo o subgrupo normativo al cual pertenecen; y iii) la ubicación que ocupa en una relación

¹² Distinción compartida por FERNÁNDEZ et al 2000, 166-173; e ISAAC 1997, 208-213.

¹³ El total de casos genéricos o situaciones posibles de oposición se obtiene de los casos en que las diversas formas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico español (27 formas jurídicas) se sitúan en momentos temporales diversos (27 anteriores por 27 posteriores) y se debe elegir entre una ellas. Además, se debe tener presente que en las relaciones entre el derecho estatal y el derecho autonómico cada caso genérico se divide en dos para diferenciar las situaciones desarrolladas dentro de la competencia exclusiva de la comunidad de las que se encuentran fuera de esta, lo cual entrega por sí mismo 284 casos genéricos. Para un análisis completo de las relaciones de exclusión entre todas las formas jurídicas que integran el derecho español véase AGÜERO-SANJUAN 2015, especialmente, el Capítulo 1.

temporal (anterioridad y posterioridad). Así, mientras las dos primeras consideraciones contribuyen a precisar el modo en que el derecho se expresa y la autoridad de la cual proviene, la tercera se centra en el carácter dinámico del ordenamiento, es decir, en los cambios que puede sufrir a lo largo del tiempo, y consecuentemente, la admisibilidad o no de nuevas formas jurídicas.

Por consiguiente, las diversas formas jurídicas son presentadas en función de su fuerza excluyente, la cual se determina, en primer lugar, a través de la revisión de las relaciones de exclusión entre una forma jurídica de un grupo normativo y las demás formas jurídicas que integran los otros grupos y subgrupos normativos, y en segundo lugar, mediante la presentación de las relaciones de exclusión existentes entre las formas jurídicas que integran dicho grupo. De esta manera, se obtiene un panorama general de la fuerza excluyente de todas las formas jurídicas que integran el derecho español y de la importancia de cada mecanismo de exclusión en la plasmación de dicha fuerza. Por lo tanto, su presentación sigue el siguiente orden: i) derecho de la UE; ii) derecho constitucional; y iii) derecho internacional.

Derecho de la UE. Según los criterios de exclusión contenidos en el derecho español, el derecho de la UE presenta un carácter predominante frente a todas las formas jurídicas de los otros grupos normativos (internacional, estatal y autonómico). Esta preponderancia se consagra en el principio *pro comunitate*, y se manifiesta con independencia del lugar ocupado por las formas jurídicas del derecho de la UE en una relación temporal (anterioridad o posterioridad). Así, el derecho de la UE excluye o relega a las otras formas jurídicas del derecho español al momento de su aplicación, es decir, su fuerza excluyente consiste en su prioridad aplicativa frente a otros elementos del ordenamiento jurídico desplazados mediante el mecanismo de la inaplicabilidad¹⁴.

Además, la fuerza excluyente del derecho de la UE se plasma en la obligación que tienen los Estados miembros de derogar todas las normas internas que induzcan a confusión o dificulten la plena e incondicionada aplicación de las formas jurídicas de la UE. En esta línea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español (en adelante TS) ha reconocido que el derecho comunitario no solo produce la inaplicabilidad de las formas jurídicas internas contrarias a él, sino que también deroga las anteriores a él. Y además, el propio TS ha sostenido que el derecho de la UE además de producir la inaplicabilidad del derecho interno, produce la anulación de los reglamentos de derecho interno cuando estos últimos son posteriores a él. No obstante, no existe claridad acerca del alcance de las propuestas del TS en relación con el derecho constitucional¹⁵.

Sin embargo, el propio derecho de la UE establece una excepción a la señalada fuerza excluyente. Se reconoce la aplicación preeminente del derecho nacional en materia de derechos fundamentales, cuando este contenga un nivel de protección superior al proporcionado por el propio derecho de la UE, caso en el cual, este último proporcionará al primero únicamente cierto margen de maniobra en su ejecución¹⁶.

Otra excepción se presenta en relación con los tratados y convenciones internacionales que integran el ordenamiento jurídico con anterioridad a la adhesión de España en la UE, ya que estas formas jurídicas tienen preferencia en su aplicación frente al derecho originario y derivado de la UE. En el

¹⁴ La fuerza excluyente del derecho de la UE se consagra en sentencias del TJUE: Costa-ENEL 06/64 de 15 de julio de 1964 y Simmenthal 106/77 de 09 de marzo de 1978, y es reconocida por sentencias del TC de 14 de febrero de 1991(28/1991), 22 de marzo de 1991 y de 13 diciembre de 2004.

¹⁵ La obligación de derogar se encuentra en sentencias del TJUE Comisión contra Italia 168/85 de 15 de octubre de 1986, y de 26 de abril de 1988 Comisión contra República Federal de Alemania 74/86, y también, en autores como MUÑOZ MACHADO 2006b, 515 y 524. La sentencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) sobre excluir y derogar es de 10 mayo 1993, y la de anulación como expresión de la preferencia normativa se encuentra establecida en sentencia del TS de 03 de noviembre de 1997 y de 26 de enero de 2000.

¹⁶ Sobre la excepción a la fuerza excluyente ver sentencia del TJUE Åklagaren y Hans Åkerberg Fransson 617/10 de 26 de febrero de 2013, y también, GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ 2013, 186.

caso en que la inaplicabilidad afecta al derecho originario existe una obligación dirigida al Estado miembro para que este elimine los casos de incompatibilidad entre este derecho y los tratados o convenciones anteriores a la adhesión. A su vez, la relación de exclusión entre estos últimos y los acuerdos externos de la UE no está determinada, de modo que, no existe una respuesta a cuál forma jurídica detenta mayor fuerza excluyente, ni tampoco a qué mecanismo plasmaría dicha fuerza (derogación, nulidad o inaplicabilidad)¹⁷.

Asimismo, una tercera excepción se presenta con los tratados y convenciones internacionales que integran el ordenamiento jurídico con posterioridad a la adhesión de España en la UE, ya que cuando estos no afectan las competencias de la UE es posible determinar su fuerza excluyente mediante la inaplicabilidad de las formas jurídicas del derecho de la UE. En cambio, cuando dichos tratados o convenios afectan o involucran las competencias concedidas a la UE, esta última puede sustituir al Estado miembro en las obligaciones derivadas de los tratados o convenios, y así, estos pasan a formar parte del derecho de la UE como acuerdo internacional suscrito por la UE; en cambio, no se establece una solución para los casos en que la UE no sustituye al Estado miembro¹⁸.

Ahora bien, las relaciones de exclusión entre las formas jurídicas que integran el derecho de la UE se establecen de manera transitiva entre sus subgrupos en el siguiente orden: derecho originario, acuerdos externos de la UE y derecho derivado. El fundamento de esta prelación se encuentra, por un lado, en que el derecho originario constituye el fundamento de la legalidad en la UE, al entregar sustento, estructura y límites a las demás formas jurídicas que la integran; y por otro lado, en que los acuerdos externos firmados por la UE vinculan a sus instituciones, de modo que, estas al producir formas jurídicas derivadas deben respetarlos. Por tanto, el bloque de legalidad salvaguardado por el TJUE está integrado por el derecho originario y los acuerdos externos de la UE¹⁹.

La fuerza excluyente del derecho originario frente a los acuerdos externos de la UE posteriores a él se manifiesta a través de una declaración de nulidad del acuerdo externo con efectos solo dentro del derecho de la UE. Por su parte, está indeterminada la manera en la cual se manifiesta la fuerza excluyente del derecho originario frente a los acuerdos externos anteriores a él, e inclusive la doctrina y jurisprudencia no establecen ni proponen un mecanismo para ello. De manera similar, la fuerza excluyente del derecho originario frente al derecho derivado se encuentra claramente establecida solo en relación con el derecho derivado posterior a él, pues en estos casos estos últimos son susceptibles de declaración de nulidad por parte del TJUE. En cambio, la relación de exclusión del derecho originario con el derecho derivado anterior a él no se encuentra regulada, y a partir de la práctica jurídica se deriva el uso de la derogación para estos casos²⁰.

Por su parte, la fuerza excluyente de los acuerdos externos de la UE frente al derecho derivado solo se manifiesta de manera clara mediante la declaración de nulidad por infracción del bloque de legalidad, cuando en la relación de prelación el derecho derivado es posterior en el tiempo a los

¹⁷ Esta excepción en art. 351 del TUE, sentencia del TJUE Asunto Ministère public y Direction du travail et de l'emploi y Jean-Claude Levy, C-158/91 de 02 de agosto de 1993. Además, es destacada por ROLDÁN BARBERO 1994.

¹⁸ Esta excepción en conformidad con el art. 351 párrafo 3 del TUE, y además, sugerida por: ISAAC 1997, 210 s.; FERNÁNDEZ et al. 2000, 169 s.; y MANGAS, LIÑÁN 2005, 379.

¹⁹ La prevalencia del derecho originario en: Protocolo n° 36 del Tratado de Lisboa artículo 9, y también, en FERNÁNDEZ et al. 2000, 138; e ISAAC 1997, 182. Por su parte, la prevalencia de los acuerdos externos en sentencia del TJUE en asunto *International Fruit Company* 24/72, 12 de diciembre de 1972, e ISAAC 1997, 211 s.

²⁰ La relación de exclusión entre el derecho originario y los acuerdos externos de la UE en art. 218 del TFUE e ISAAC 1997, 211; y acerca de la declaración de nulidad en art. 263, 264 y 267 del TFUE. Cabe precisar que, el derecho de la UE contempla un mecanismo *a priori* para armonizar las formas jurídicas del derecho originario con los acuerdos externos posteriores en el tiempo. De acuerdo con él, es posible la modificación tanto derecho originario como del acuerdo externo antes de que este último ingrese al derecho de la UE.

acuerdos externos de la UE. Además, igualmente que en las situaciones anteriores, la utilización de la derogación como mecanismo de exclusión del derecho derivado anterior a los acuerdos externos no se encuentra regulada en el derecho de la UE, y podría derivarse más bien de la propia práctica jurídica²¹.

Adicionalmente, la inaplicabilidad respalda la fuerza excluyente del derecho originario y los acuerdos externos de la UE, para los casos en que ha transcurrido el plazo para interponer el recurso de nulidad sin que este sea presentado. Así, como en estos casos no hay declaración de nulidad, el TJUE puede declarar a petición de los interesados la inaplicabilidad de las formas jurídicas posteriores y contrarias al bloque de legalidad, sean estas formas jurídicas acuerdos externos de la UE y/o derecho derivado²².

A su vez, dentro de cada uno de los subgrupos que integran el derecho comunitario la fuerza de exclusión no se encuentra completamente explicitada. Las relaciones de exclusión entre iguales formas jurídicas situadas en una relación temporal no se encuentran expresamente consagradas en el derecho positivo (en sentido estricto), pero puede derivarse de la práctica jurídica. De acuerdo con esta, se emplea el criterio o principio cronológico para utilizar la derogación entre iguales formas jurídicas situadas en una relación temporal, y de este modo, excluir las formas jurídicas anteriores en el tiempo. Sin embargo, este mecanismo solo podría ser utilizado entre iguales formas jurídicas de un mismo subgrupo (originario o derivado), y cuando estas hayan emanado a partir de iguales competencias, de modo que, está igualmente indeterminada la relación de exclusión que se presenta entre reglamentos, directrices y decisiones con carácter legislativo²³.

Por su parte, para determinar las relaciones de exclusión entre las formas jurídicas en una relación temporal integrantes de los acuerdos externos de la UE es necesario recurrir al derecho internacional. De acuerdo con este, los acuerdos externos de la UE solo ceden ante aquellos acuerdos externos posteriores que cumplan los requisitos establecidos en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 (en adelante CVDT). Así, en los casos en que no se cumplan estos requisitos los acuerdos internacionales en modo alguno pueden estimarse excluidos o modificados. A lo anterior cabe añadir que, la CVDT reconoce cierta prevalencia de la Carta de las Naciones Unidas sobre las obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro tratado o convenio, aunque no determine cómo se manifiesta la prevalencia frente al derecho de la UE. Además, si bien las disposiciones de la CVDT enfatizan la importancia de la presencia de las mismas partes para que los cambios o modificaciones introducidos en un nuevo tratado o convenio produzcan sus efectos, no señalan cuál es la relación de exclusión entre tratados celebrados por un Estado miembro con distintas partes celebrantes, ni menos señala cómo esta se manifiesta²⁴.

Derecho Constitucional. El derecho español en su conjunto atribuye al derecho constitucional (la Constitución española y todas sus modificaciones) una fuerza excluyente que le permite desplazar a las restantes formas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico. Esta preeminencia se manifiesta a través de los diversos mecanismos de exclusión contemplados en el ordenamiento (derogación, nulidad e inaplicabilidad) y la elección entre uno de ellos dependerá de qué tipo de forma jurídica se

²¹ La declaración de nulidad deriva de los arts. 263 y 264 del TFUE.

²² La inaplicabilidad subsidiaria se encuentra regulada en art. 277 del TFUE.

²³ Sobre la falta de explicitación de la fuerza excluyente de las formas jurídicas que integran los subgrupos originario y derivado, véase: FERNÁNDEZ et al. 2000, 138. Un posible fundamento al uso de la derogación dentro del derecho originario se encuentra en el art. 48 del TUE sobre modificación de los tratados.

²⁴ Ver art. 3.5 y 21.1 del TUE sobre la sujeción y el respeto de la UE al derecho internacional, y también, las partes IV y V, sobre enmienda y modificación de tratado, y nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados, de la CVDT. Sobre la fuerza excluyente de la Carta de las Naciones Unidas en art. 30.1 de la CVDT, y los citados artículos del TUE. En mayor profundidad véase: RODRÍGUEZ 2002, 201; y PASTOR 2009, 162.

opone al derecho constitucional junto cuál es la relación temporal entre este último y las formas jurídicas en oposición a él²⁵.

De este modo, su fuerza excluyente frente al derecho internacional se plasma en que los tratados o convenios internacionales posteriores a él pueden ser declarados nulos tanto por mecanismos internos como externos. En el primer caso mediante un recurso de inconstitucionalidad, una cuestión de inconstitucionalidad, o bien, un recurso de amparo, en cambio en el segundo caso, por medio de la causal de nulidad contenida en el derecho internacional. Es importante precisar que estos mecanismos de exclusión son respecto de las leyes que autorizan o ratifican los tratados o convenios internacionales, y no respecto del tratado en sí mismo, pues la validez de este último depende de las normas internacionales y no del derecho interno. A su vez, si bien el derecho constitucional posterior en el tiempo posee fuerza excluyente frente a tratados o convenios internacionales anteriores a él, la manera en la cual se manifiesta esta exclusión no se encuentra expresamente regulada, sino más bien es posible desprenderla de algunas disposiciones, de acuerdo con las cuales el derecho internacional podría considerarse derogado por el derecho constitucional posterior. Adicionalmente, la fuerza excluyente del derecho constitucional se refuerza con la posibilidad que tienen los tribunales de declarar la inaplicabilidad de un elemento internacional contrario a la Constitución²⁶.

La fuerza excluyente del derecho constitucional frente a las demás formas jurídicas del derecho español se establece mediante la declaración de nulidad para los casos en que estas formas jurídicas sean contrarias a él y posteriores en el tiempo. La obtención de esta declaración se realiza mediante distintos procedimientos, a saber: i) las formas jurídicas legislativas se excluyen a través de un recurso de inconstitucionalidad o mediante una cuestión de inconstitucionalidad; ii) si transgreden los derechos y libertades reconocidos por la CE las formas jurídicas sin carácter de ley emanadas de los poderes del Estado o las Comunidades Autónomas se excluyen mediante el recurso de amparo; iii) las formas jurídicas emanadas desde los órganos del Estado o las Comunidades Autónomas se excluyen con los conflictos de competencia cuando contraviene las atribuciones entregadas por la Constitución a los órganos Estatales, Comunidades Autónomas, Provincias o Municipidades; iv) las formas jurídicas con carácter de reglamento se impugnan a través de recurso contencioso-administrativo cuando afectan los derechos susceptibles de amparo constitucional; y por último, v) la nulidad de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas se obtienen mediante la impugnación del Gobierno²⁷.

²⁵ Esta preeminencia en el art. 9.3. de la CE y la declaración del TC 13 de diciembre de 2004.

²⁶ La posibilidad de excluir el derecho internacional se plasma de manera interna en: i) el recurso de inconstitucionalidad (art. 161.1.a de la CE y el artículo 27.2.c) de la Ley Orgánica del TC (en adelante LOTC), ii) la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la CE y artículos 35 y ss. LOTC), iii) el recurso de amparo (art. 55.2 de la LOTC y sentencia del TC de 03 de octubre de 1991); por su parte, de manera externa en el art. 46 de la CVDT; y además, en dogmáticos como: RODRÍGUEZ 2002, 282. A su vez, la derogación podría derivarse de la disposición derogatoria tercera de la CE, y la inaplicabilidad encuentra su fundamento en el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ). Solo cabe añadir que, el art. 95 de la CE consagra un control *a priori* de los tratados internacionales, pues estos no pueden formar parte del derecho español si son contrarios a la Constitución, y de acuerdo con este, previo pronunciamiento del TC, es posible reformar la Constitución para la compatibilización de ambas formas jurídicas. Un mayor detalle en PASTOR 2009, 176.

²⁷ La nulidad como manifestación de la fuerza excluyente del derecho constitucional se consagra en los art. 39, 55, 63, 66, 75 de la LOTC, y el art. 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Y los diversos procedimientos en: i) declaración y cuestión de inconstitucionalidad en art. 161.1 letra a) y 163 de la CE, y el Título II de la LOTC; ii) recurso de amparo en art. 161.1 letra b) de la CE y el Título de la III LOTC; iii) conflictos de competencia en art. 161.1 letras c) y d) de la CE, y el Título IV de la LOTC; iv) recurso contencioso-administrativo en art. 114 y ss. de la

En cambio, cuando el derecho constitucional es posterior en el tiempo a las otras formas jurídicas del derecho español el modo en que se plasma su fuerza excluyente no se encuentra absolutamente determinado, ya que es posible utilizar tanto la derogación como la nulidad para excluir las formas jurídicas de los otros grupos y subgrupos normativos. Adicionalmente, la relación de exclusión que detenta el derecho constitucional frente a las otras formas jurídicas se expresa mediante la posibilidad que tienen los tribunales de utilizar el mecanismo de la inaplicabilidad, en relación con las formas jurídicas anteriores o posteriores a él para los casos de oposición²⁸.

Finalmente, en los casos de reforma constitucional, para determinar la relación de exclusión entre formas jurídicas anteriores y posteriores en el tiempo, se recurre al criterio cronológico. Así, la fuerza excluyente de la forma jurídica posterior se manifiesta en la derogación de la forma jurídica anterior, si la primera ha cumplido todos los requisitos para su formación²⁹.

Derecho Internacional. De acuerdo con el derecho español, la fuerza excluyente atribuida al derecho internacional se expresa de un modo negativo. El derecho internacional no puede ser derogado, modificado o suspendido en su aplicación por formas jurídicas de otros grupos y subgrupos normativos, sean estos posteriores o anteriores en el tiempo (derechos estatal legislativo y reglamentario, y derecho autonómico). Pese a su formulación negativa la jurisprudencia del TS y TC reconocen la posibilidad de utilizar la inaplicabilidad como mecanismo de exclusión, para garantizar la fuerza excluyente del derecho internacional³⁰.

Además, como fue señalado en relación con los acuerdos externos de la UE, la modificación, derogación o suspensión entre tratados internacionales se realiza en conformidad con el propio tratado y/o de acuerdo con las normas del derecho internacional ya señaladas (la CVDT). Asimismo, la jurisprudencia refuerza esta posición a través de considerar la imposibilidad de que acuerdos internacionales puedan estimarse modificados mediante convenios celebrados entre una de las partes contratantes con una tercera potencia³¹.

3.3. *Tabla de oposición normativa*

En la reconstrucción del derecho español, como paradigma de derecho positivos contemporáneo, se presentan una gran cantidad y diversidad de relaciones jurídicas. Dentro de estas, en la determinación de la fuerza excluyente de algunos de sus elementos, desempeñan un rol preponderante las derivadas de una distribución de competencias, ya que a partir de ellas es posible concebir un ordenamiento jurídico como integrado por distintos sistemas, los cuales se vinculan entre sí a través de un instrumento jurídico que

Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; e v) impugnación del Gobierno en art. 161 n° 2 de la CE y art. 76 y 77 de la LOTC.

²⁸ La posibilidad de utilizar la derogación o la nulidad según el caso derivaría del párrafo tercero de la disposición derogatoria de la CE, y distintas sentencias del TC (de 29 abril 1981, de 02 febrero 1981, de 31 marzo 1981, de 26 diciembre 1983, de 06 abril 1981 y de 24 julio 1984, entre otras). Por su parte, el uso de la inaplicabilidad se encuentra establecida en el artículo 6 de la LOPJ. En mayor detalle ver: PAREJO 1981; PEÑARANDA 1983; SANTAMARÍA 1988; DELGADO ECHEVERRÍA 2003; y MARTÍN 2010.

²⁹ Este mecanismo en la regulación realizada por los arts. 166 y ss. de la CE. Además, en esta reconstrucción no se consideran las modificaciones materiales de la Constitución, v.gr., las producidas por los elementos del derecho comunitario o estatal interno. En mayor profundidad véase MUÑOZ MACHADO 2006a, 525-534.

³⁰ Esta fuerza excluyente se encuentra en el art. 96.1 y 94 letra e) de la CE, y las sentencias del TS de 22 de mayo de 1989, de 07 de julio de 2000 y de 27 de febrero de 2012, unidas las sentencias del TC de 30 de enero de 1985, de 14 de febrero de 1991 (36/1991) y de 28 de septiembre de 1995. Además, en los autores: MUÑOZ MACHADO 2006a, 230; PASTOR 2009, 177 s.; y GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ 2013, 176.

³¹ Esta posición se encuentra en la señalado CVDT, las sentencias del TC de 5 diciembre 2013, y de 20 marzo de 1990, así como también, la sentencia del TS de 22 mayo 1989.

hace de eje a todo el conjunto. En el caso español la Constitución desempeña este papel, y reconoce como sistemas jurídicos al derecho comunitario, el derecho internacional, el derecho estatal y el derecho autonómico. Además, a partir de estas distribuciones de competencia se establece la autosuficiencia de cada sistema o grupo normativo, y se delimita indirectamente otras relaciones igualmente preponderantes como las provenientes de una cadena de producción normativa, cuyo ámbito de aplicación queda restringido al funcionamiento interno de cada sistema. Sin embargo, la remarcada complejidad del ordenamiento afecta directamente la aplicación generalizada de este tipo de relaciones (competencial y jerárquica), ya que para la determinación de la fuerza excluyente de cada forma jurídica ellas resultan menguadas y complementadas por otro tipo de relaciones con un marcado carácter *ad hoc*.

En el derecho de la UE este tipo de relaciones *ad hoc* establecen excepciones a la prioridad aplicativa de sus formas jurídicas frente a los demás componentes del ordenamiento, y establecen una fuerza excluyente con base en: i) el estándar de la regulación (el derecho de un Estado miembro produce la inaplicabilidad del derecho de la UE cuando contiene un nivel de protección superior al proporcionado por este en materia de derechos fundamentales); ii) la anterioridad del compromiso (los tratados internacionales que integran el ordenamiento con anterioridad a la adhesión de España en la UE, producen la inaplicabilidad del derecho de la UE originario y derivado); iii) un acto decisorio (la UE, puede sustituir o no al Estado miembro en las obligaciones derivadas de los tratados internacionales que integran el ordenamiento jurídico con posterioridad a la adhesión de España en la UE). A su vez, para determina la fuerza excluyente entre los componentes del subgrupo de los acuerdos externos de la UE, y asimismo, dentro del grupo del derecho internacional se deben considerar relaciones sustentadas en la entidad de la forma jurídica (la Carta de las Naciones Unidas tiene prevalencia de sobre las obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro tratado o convenio).

Además, la complejidad del ordenamiento hace problemática una aplicación generalizada de las relaciones derivadas de la distribución de competencias o reglas de producción, ya que en algunos casos la fuerza excluyente entre sus formas jurídicas se presenta de un modo negativo, i.e., solamente se establece que F_{j1} no puede ser excluida del ordenamiento por F_{j2} , sin que esto conlleve que F_{j2} pueda ser excluida por F_{j1} . Esto se aprecia en relación con el derecho internacional, el cual no puede ser derogado, modificado o suspendido en su aplicación por formas jurídicas de otros grupos y subgrupos normativos, aunque estas últimas solo pueden ser inaplicadas por él³².

Ahora bien, en este contexto de múltiples formas y relaciones jurídicas, una representación de los derechos positivos contemporáneos en general, y del derecho español en particular, resulta sumamente compleja, puesto que no es dable realizarla de manera uniforme y estática, en razón de que no resulta posible una aplicación generalizada de las relaciones derivadas de una distribución de competencias y una cadena de producción normativa. Por ende, sí no se desea incurrir en una representación reduccionista con una limitada capacidad explicativa, en primer lugar, se debe desestimar toda representación fundada en el modelo de una pirámide normativa, y en segundo lugar, es necesario buscar nuevas maneras de representar la complejidad de los derechos positivos contemporáneos. Así, considero que, los modelos de representación deben estar más cerca de un diagrama o una red (con sus nodos, conectores y propiedades) que de una pirámide normativa.

No obstante las dificultades implicadas en representar la dinámica normativa en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, propongo una primera aproximación a la representación visual de este tipo de ordenamientos. Esto mediante una tabla de oposición normativa en la cual cada una de sus formas jurídicas se presenta en momentos temporales diversos (anterior y posterior). Así, en la tabla es posible distinguir claramente la fuerza excluyente de cada una de sus formas jurídicas frente a todas

³² La fuerza excluyente se presenta de un modo positivo cuando: F_{j1} puede excluir (derogar, anular o inaplicar) a F_{j2} del ordenamiento pero F_{j2} no puede realizar lo mismo con F_{j1} .

las otras cuando se sitúan en una relación temporal. Además, en ella es patente cuál es el mecanismo de exclusión al cual recurre el ordenamiento para manifestar dicha exclusión. En consecuencia, para el caso del derecho español y de acuerdo con la reconstrucción previamente desarrollada, propongo una tabla de oposición normativa con la siguiente forma y contenido:

Derogación			Derogación y Nulidad		Es preferida la forma jurídica anterior	Fa			Caso imposible	-----
Nulidad		Derogación, Nulidad e Inaplicabilidad	Derogación e inaplicabilidad		Es preferida la forma jurídica posterior	Fp				
Inaplicabilidad			Nulidad e inaplicabilidad		No se considera la relación de precedencia	Os			Respuesta indeterminada	¿?

Formas Jurídicas Posteriores												
Derecho Comunitario						Derecho Internacional				D. Estatal		
D. Originario	D. Deriv			D. Ac externo	D. A.UE	D.Post		Carta ONU	D. Const.			
	Reglamt	Direct	Decis			FC UE	DC UE					
Derecho Originario	Fa	Fa	Fa	Fa				Os	----		Fa	
Derecho Derivado	Reglamento	Fp?	Fp?	¿?	¿?	Fp?	Fp	Fp	Os	----	Fa	
	Directiva	Fp?	¿?	Fp?	¿?	Fp?	Fp	Fp	Os	----	Fa	
	Decisión	Fp?	¿?	¿?	Fp?	Fp?	Fp	Fp	Os	----	Fa	
D. Acuerdos externos	¿?	Fa	Fa	Fa	Fp?	Fp?	Fp	Fp	Os	----	Fa	
D. Internacional	D. Anterior Ingreso UE	Fa	Fa	Fa	Fa	¿?	Fp	----	----		Fp	Fp
	D. Posterior Ingreso UE	Fuera Competencia UE	Fa	Fa	Fa	Fa	----	Fp	Os		Fp	Fp
		Dentro Competencia UE	Os	Os	Os	Os	Os	----	Os	Fp	Fp	Fp
	Carta de las Naciones Unidas	¿?	¿?	¿?	¿?	Fa	Fa	Fa	Fa	Fp	Fp	
D. Estatal	Derecho Constitucional	Fp	Fp	Fp	Fp	Fp	Fa	Fa	Fa	----	Fp	

TABLA 1. Una porción del derecho español a partir del principio de exclusión

Es importante explicitar que, para efectos de realizar esta presentación de los elementos analizados a través de una tabla de oposición normativa, realicé las siguientes asunciones: i) el derecho español en materia de derechos fundamentales no contiene un nivel de protección superior al proporcionado por el propio derecho de la UE; y ii) en el derecho internacional se cumplen los requisitos establecidos en la CVDT para la efectiva modificación de los tratados.

4. *Los mecanismos de exclusión frente a la seguridad jurídica*

Situación general. En este contexto, interactúan entre sí diez tipos distintos de formas jurídicas a través de los cambios que pueden sufrir el ordenamiento a lo largo del tiempo (dinámica normativa), lo cual complejiza su reconstrucción y representación, pero incluye una eventual relación de precedencia entre ellas. De este modo, al contemplar esta relación es posible la ocurrencia de, al menos, cien (100) casos genéricos o situaciones en las cuales es necesario elegir entre las formas jurídicas analizadas que integran el ordenamiento y que están situadas en momentos temporales diversos. Así, como muestra la tabla de oposición, el total de casos genéricos o situaciones posibles de oposición se obtiene de los casos en que las formas jurídicas analizadas que integran el ordenamiento jurídico (10 formas jurídicas) se sitúan en momentos temporales diversos (10 anteriores por 10 posteriores) y se debe elegir entre ellas.

4.1. *Un balance de la situación*

Casos básicos. Del total de cien (100) casos genéricos en los cuales es necesario elegir entre formas jurídicas situadas en una relación temporal, solo en cuarenta y cuatro oportunidades el ordenamiento establece solo un mecanismo de exclusión para plasmar la fuerza excluyente de una de sus formas jurídicas frente a otras. Así, en la mayoría de estas situaciones la fuerza excluyente se plasma a través de la inaplicabilidad, en concreto, en veintiocho casos (28% de los casos analizados). En segundo lugar, la derogación es utilizada por el ordenamiento para mostrar la fuerza excluyente de uno de sus elementos en dieciséis oportunidades (16% de los casos analizados). A su vez, en esta porción del ordenamiento jurídico, la nulidad solo se presenta a través de casos combinados.

Casos combinados. La diversidad de las relaciones presentes en un ordenamiento jurídico permiten que una misma relación de exclusión pueda manifestarse a través de más de un mecanismo de exclusión (inaplicabilidad, derogación y nulidad), y estos casos presentan la siguiente frecuencia: i) inaplicabilidad y derogación, es posible recurrir a cualquiera de ellos en cuatro situaciones (4% de los casos analizados); e ii) inaplicabilidad y nulidad, el ordenamiento recurre a ambas para manifestar diez relaciones de exclusión (10% de los casos analizados). Por su parte, en el análisis de esta porción del derecho español no se presentan casos que puedan ser resueltos por los siguientes casos combinados: i) derogación y nulidad; e ii) inaplicabilidad, derogación y nulidad.

Casos especiales. Entre otras consideraciones, la complejidad del ordenamiento produce diversos casos genéricos cuya situación es incierta, a saber: i) se presentan siete casos en que está determinada la fuerza excluyente de una forma jurídica, pero no está establecido el mecanismo por el cual esta se plasma (7% de los casos analizados); ii) en trece situaciones se encuentra indeterminada la fuerza excluyente de las formas jurídicas analizadas que integran el ordenamiento (13% de los casos analizados); y iii) en doce casos el ordenamiento proporciona una solución más allá de las variables manejadas (12% de los casos analizados).

Casos imposibles. Esta explicación debe ser complementada con la explicitación de los casos cuya ocurrencia resulta imposible, los cuales ocupan diez casilleros de la tabla, equivalente al diez

por ciento de los casos (10% de los casos analizados). Por ejemplo, en el derecho español, son situaciones cuya ocurrencia es temporalmente imposible los casos en que la Carta de las Naciones Unidas sea considerada una forma jurídica anterior a la Constitución española o el Derecho de la UE.

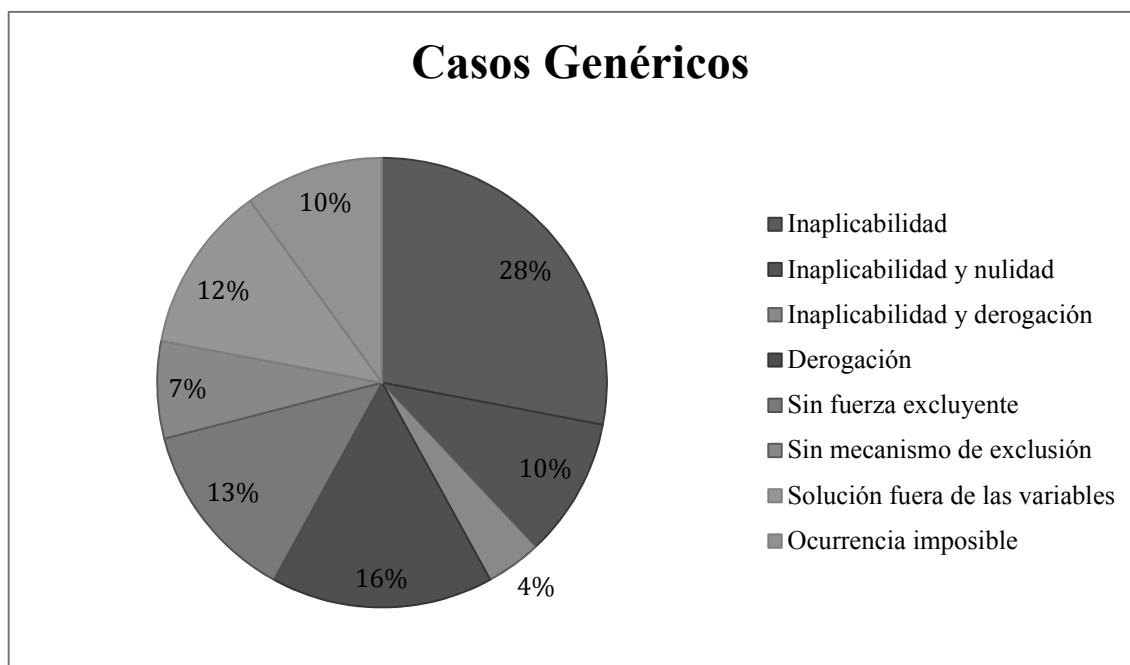


GRÁFICO 1. Ocurrencia de casos genéricos

4.2. La seguridad jurídica de los mecanismos de exclusión

A partir de la noción establecida por el TC, dentro de una porción del ordenamiento jurídico, es posible realizar un diagnóstico de la seguridad jurídica dentro del derecho español a partir del análisis de los mecanismos de exclusión normativa, y consecuentemente, detectar si la interdependencia entre Estado de Derecho, orden democrático y derechos humanos puede resultar afectada.

El TC español reconoce que el principio de seguridad jurídica establece una exigencia al legislador de perseguir la claridad y no la confusión normativa en la elaboración de normas, de manera que, los operadores jurídicos y ciudadanos deben saber a qué atenerse respecto de las materias que sean legisladas. Sin embargo, resulta sorprendente constatar que, dentro de los noventa casos genéricos de ocurrencia posible, existe un 22,2% de casos en los cuales no se satisfacen estas exigencias del TC. Esto en razón de que existe indeterminación respecto de qué forma jurídica detenta una mayor fuerza excluyente en un 14,4% de los casos estudiados, y no es claro a través de qué mecanismo se plasma la fuerza excluyente de una de las formas jurídicas en 7,7% de los casos.

También, es importante destacar las situaciones en que es posible recurrir a la inaplicabilidad como mecanismo de exclusión normativa en relación con las exigencias derivadas de la seguridad jurídica reconocidas por el TC. Estas exigen promover y buscar la certeza respecto a qué es derecho (aspecto

objetivo), junto con evitar perplejidades difícilmente salvables respecto de la previsibilidad de cuál es el derecho aplicable y cuáles son las consecuencias derivadas de las normas vigentes e inclusive respecto de cuáles son estas (aspecto subjetivo). De este modo, al ser empleada la inaplicabilidad en un 46,6% del total de casos de ocurrencia posible, se produce en el ordenamiento jurídico un remanente normativo que afecta directamente el aspecto subjetivo de la seguridad jurídica. Por ejemplo, es perfectamente posible que una situación esté regulada de modo diverso por distintas formas jurídicas pertenecientes al ordenamiento, pero que solo al momento de aplicar una de ellas a casos concretos la otra resulte desplazada.

Consciente de esta situación de incertidumbre, el TJUE estableció la obligación a los Estados miembros de “derogar” el derecho interno contrario al derecho de la UE para que así los destinatarios de las normas no se sitúen en una situación de ambigüedad, a saber:

«el mantenimiento sin cambios, en la legislación de un Estado miembro, de un texto incompatible con una disposición del Tratado, aunque sea directamente aplicable en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, da lugar a, una situación de hecho ambigua que mantiene a los sujetos de derecho interesados en una situación de incertidumbre en cuanto a sus posibilidades de recurrir al Derecho comunitario y que dicho mantenimiento constituye, por lo tanto, en lo que se refiere a dicho Estado, un incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado [...] La incompatibilidad de la legislación nacional con las disposiciones del Tratado, aunque sean directamente aplicables, sólo puede quedar definitivamente eliminada mediante disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo valor jurídico que aquellas que deben modificarse» (15 de octubre de 1986).

«Se deduce de ello que la República Federal de Alemania tenía la obligación no sólo de no incluir en su legislación normas contrarias a las disposiciones comunitarias, sino además la de derogar tales normas inmediatamente después de su adopción» (26 de abril de 1988).

Así también, la derogación pueda afectar el grado de seguridad jurídica del derecho español. Esta puede ser empleada en un 22,2% de los casos genéricos de ocurrencia posible y presenta problemas vinculados con, al menos, los siguientes aspectos: i) la manera en que ella es reconocida como mecanismos de exclusión normativa, puesto que en la generalidad de situaciones su utilización deriva de la práctica o acervo jurídico, el cual asume como criterio rector de los ordenamientos jurídicos al principio cronológico, en virtud del cual la forma jurídica posterior deroga a la anterior³³; y ii) algunas prácticas legislativas propias de los derechos contemporáneos, las cuales complejizan aún más la determinación de los alcances y la eficacia de la derogación, concretamente, la delimitación de qué elementos son derogados y cuáles son los derogatorios, v.gr., las cláusulas derogatorias generales. Finalmente, toda esta falta de especificidad explicita y enfatiza las dificultades vinculadas con la determinación de qué deroga y qué es derogado en el derecho positivo español.

El aspecto subjetivo de la seguridad jurídica exige no poner a los destinatarios de las normas en situaciones que les impidan prever cuáles son las consecuencias jurídicas de ciertos hechos o acciones. No obstante, es posible predicar la incerteza de 78 situaciones (87%) de los 90 casos de ocurrencia posible. En estos casos el derecho español afecta los niveles de seguridad jurídica al contener

³³ Esto es sin perjuicio de lo explicado en líneas anteriores acerca de que, en algunos casos, el uso de la derogación se regula indirectamente por medio de diversas disposiciones que norman cómo deben ser modificadas determinadas formas jurídicas, v.gr., el art. 48 del TUE, los arts. 166 y ss., de la CE, y a su vez, del reconocimiento de la derogación en diversas secciones de la CVDT en relación con la enmienda, modificación, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados.

situaciones de indeterminación (22,2%) y establecer la inaplicabilidad (46,6%) y/o la derogación (17,7%) como mecanismos de exclusión normativa.

Por consiguiente, al contemplar diversos cursos de acción para múltiples situaciones a partir de las diferentes formas jurídicas que pueden regular una misma situación, el ordenamiento jurídico español produce una gran cantidad de casos o situaciones de incerteza jurídica, las cuales repercuten directamente en el Estado de Derecho, y por vía de la consecuencia, afectan al orden democrático y los derechos humanos.

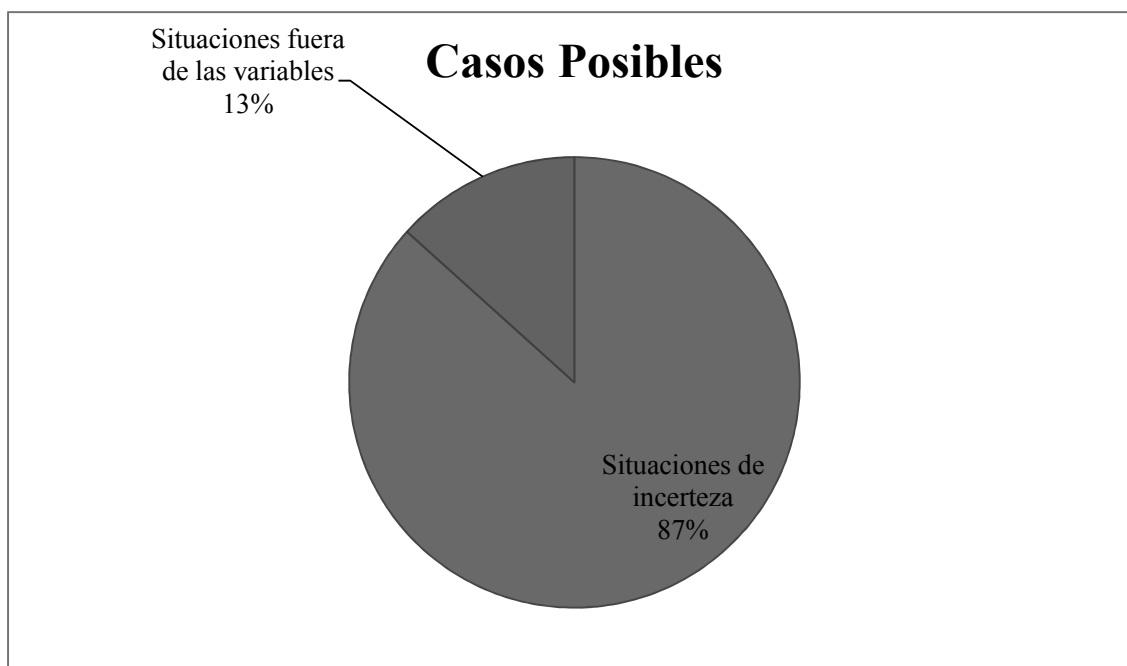


GRÁFICO 2. Casos genéricos de ocurrencia posible

Finalmente, en palabras de Antonio MARTINO (1977; 1990), esta situación de afectación a la seguridad jurídica, se produce por considerables niveles de “contaminación legislativa”, los cuales derivan no solo de la presencia de un excesivo remanente de formas jurídicas que, probablemente, nunca sean aplicables dentro del ordenamiento, sino también por la excesiva proliferación y promulgación de formas jurídicas. Así, como sostiene el autor, la contaminación legislativa se presenta en los derechos positivos contemporáneos por un crecimiento sin control de las formas jurídicas, junto con la imposibilidad de poder deshacerse de los desechos.

5. Algunas conclusiones

Se realizó una detallada reconstrucción de una porción del derecho español a partir del principio de exclusión, bajo la finalidad última de contribuir a la protección a los derechos humanos a través del

estudio de los mecanismos de exclusión normativa en un ordenamiento jurídico contemporáneo. Así, a partir de la noción de fuerza excluyente fue posible analizar cada uno de los casos en que resulta necesario elegir entre distintas formas jurídicas situadas en una relación temporal, y así también, especificar el mecanismo que plasma la fuerza excluyente de una de dichas formas. De este modo, este análisis permitió obtener un catastro de las situaciones en que, la parte del ordenamiento jurídico estudiada, presenta un alto grado de indeterminación e incertidumbre en relación con cuáles son las consecuencias jurídicas de un acción o hecho en un momento determinado.

En este sentido, a través de la noción de seguridad jurídica desarrollada por el TC español, el presente trabajo pretendió mostrar cómo un análisis de algunos rasgos propios de los ordenamientos jurídicos contemporáneos puede contribuir a disminuir la brecha entre las declaraciones de derechos establecidas en las Constituciones y Cartas internacionales, y el establecimiento efectivo de estos en la práctica. Esto en razón de que cuando se presentan bajos niveles de seguridad jurídica se debilita el Estado de Derecho, y consecuentemente, resultan afectados tanto el orden democrático como los derechos humanos.

Por lo mismo, a partir del aspecto subjetivo de la seguridad jurídica, el cual exige evitar perplejidades difícilmente salvables respecto de cuáles son las consecuencias derivadas de las normas vigentes e incluso respecto de cuáles son estas, se mostró cómo el ordenamiento jurídico español atenta contra este principio. Esto a partir de las situaciones en que no es efectivamente eliminado todo el material normativo inaplicado o derogado tácitamente, así como también, en los casos en que no es establecido claramente qué forma jurídica detenta una mayor fuerza excluyente, y además, cuando no se consagra un mecanismo de exclusión que plasme la fuerza excluyente detentada previamente por una forma jurídica en concreto. Así, como estos supuestos se caracterizan por contener para una determinada situación diversos cursos de acción, es a partir de ellas que se explicita con claridad los niveles de incerteza jurídica presentes en una porción del derecho español.

Por lo anteriormente señalado, esta investigación constituye únicamente un primer paso en el fortalecimiento de la seguridad jurídica, ya que solo una vez son explicitadas las situaciones de incertidumbre resulta posible adoptar medidas para subsanarlas. De este modo, a partir de la detección de las insuficiencias que presenta el derecho positivo en materia de mecanismos de exclusión normativa, es posible avanzar hacia el fortalecimiento del Estado de Derecho a través de una mayor preocupación por los niveles de seguridad jurídica presentes en el derecho español.

En definitiva, detectadas las insuficiencias que presenta una porción del derecho español en materia de los mecanismos de exclusión, corresponde a las autoridades de creación normativa continuar el avance hacia un mayor fortalecimiento de Estado de Derecho a través del mejoramiento efectivo del aspecto subjetivo de la seguridad jurídica. Esto con el propósito de redoblar los esfuerzos por garantizar la democracia y el Estado de Derecho, desde una perspectiva de los derechos humanos, dado el equilibrio y la relación que debe existir entre democracia, derechos humanos y Estado de Derecho.

Bibliografía

- ABIGNENTE A. 1990. *La dottrina del diritto tra dinamicità e purezza. Studio su Adolf Julius Merkl*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990.
- AGÜERO-SANJUAN S. 2015. *La derogación. Una análisis a la dinámica de los ordenamientos jurídicos*. Disponible en Tesis Doctorales en Red: <http://www.tdx.cat/handle/10803/323897> (Consultado el 03/03/2016).
- MAZZARESE T. 2007. *Iuspositivismo y globalización del derecho: ¿Qué modelo teórico?* en MORESO J.J., REDONDO M.C. (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid, Marcial Pons, 2007, 61 ss.
- ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS 2012. *Estudio sobre los problemas comunes a que se enfrentan los Estados en sus esfuerzos por garantizar la democracia y el Estado de Derecho desde una perspectiva de derechos humanos*. Naciones Unidas. Asamblea General. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-29_spanish.pdf. (Consultado el 05/10/2015).
- BERMEJO J. 2005. *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Madrid, Thomson Civitas, 2005.
- BOBBIO N. 1989. *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991 (ed. or. *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1989, trad. esp. de R. de Asis Roig).
- DELGADO ECHEVERRÍA J. 2003. *Las normas derogadas: validez, vigencia y aplicabilidad*, en «Derecho Privado y Constitución», 17, 2003, 197 ss.
- FERNÁNDEZ A., FORCADA I., HUESA R., SÁNCHEZ Á. 2000. *Instituciones de derecho comunitario*, 2 ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNÁNDEZ T.R. 2013. *Curso de derecho administrativo*, 16 ed., vol. I, Madrid, Thomson Civitas, 2013.
- ISAAC G. 1997. *Manual de derecho comunitario general*, 5 ed., Barcelona, Ariel, 2000 (ed. or. *Droit communautaire général*, Paris, Armand Colin, 1997, trad. esp. de G.L. Ramos Ruano).
- LACRUZ J., SANCHO F., LUNA A., DELGADO J., RIVERA F., RAMS J. 2006. *Elementos de derecho civil I. Parte general*, 4 ed., vol. I, Madrid, Dykinson, 2006.
- MANGAS A., LIÑÁN D. 2005. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 5 ed., Madrid, Tecnos, 2005.
- MARTIN M.I. 2010. *Aspectos constitucionales y procesales de la inmunidad parlamentaria en el ordenamiento español*, Madrid, Dykinson, 2010.
- MARTINO A. 1977. *La contaminación legislativa*, en «Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas», 1977, 47 ss.
- MARTINO A. 1990. *Auxilio computacional a la legislación ¿Hacer leyes con las computadoras?*, en «Anuario Jurídico», 17, 1990, 141 ss.
- MAZZARESE T. 2007. *Iuspositivismo y globalización del derecho: ¿Qué modelo teórico?* en MORESO J.J., REDONDO M.C. (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid, Marcial Pons, 2007, 61 ss.
- MERKL A. 1931. *Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto*, en GERACI C. (ed.) *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, Giuffrè Editore, 1987, 1 ss. (ed. or. *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, in VERDROSS A. (ed.), *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag*, Wien, Geburtstag, 1931, trad. it. de C. Geraci).
- MUÑOZ MACHADO S. 2006a. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, vol. II, Madrid, Iustel, 2006.

- MUÑOZ MACHADO S. 2006b. *Derecho público de las comunidades autónomas*, 2 ed., Madrid, Iustel, 2006.
- PAREJO L. 1981. *La constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida*, en «Revista de Administración Pública», 94, 1981, 201 ss.
- PAREJO L. 2003. *Derecho administrativo*, Barcelona, Ariel, 2003.
- PASTOR J. 2009. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 13 ed., Madrid, Tecnos, 2009.
- PEÑARANDA J.L. 1983. *Disposición derogatoria: Constitución y ordenamiento preconstitucional*, en ALZAGA O. (ed.), *Comentarios a la leyes políticas*, en «Revista de Derecho Privado», 1983, 649 ss.
- RODRÍGUEZ A. 2002. *Lecciones de derecho internacional público*, 5 ed., Madrid, Tecnos, 2002.
- ROLDÁN BARBERO F.J. 1994. *Una revisión del artículo 234 del TCE. La sentencia “Levy” dictada por el TJCE el 02 de agosto de 1993*, en «Revista de Instituciones Europeas», XXI, 2, 1994, 481 ss.
- SANTAMARÍA J. 1988. *Fundamentos de derecho administrativo*, vol. I, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, 1998.
- WALTER R. 1974. *La estructura del orden jurídico. Disertación jurídico-teórica basada en la teoría pura del derecho*, Bogotá, Editorial Temis, S.A., 1984 (ed. or. *Der Aufbau der Rechtsordnung*, Wien, Verlags Und Universitätsbuchhandlung, 1974, trad. esp. de Volkening).
- ZAPATERO V. 2009. *El arte de legislar*, Cizur-Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2009.

MARTA BORDIGNON

La road map verso uno strumento internazionale giuridicamente vincolante su Imprese e Diritti Umani alla luce del ruolo degli Attori Non-Statali

The Road Map Towards an International Legally Binding Instrument on Business and Human Rights in the Light of the Role of Non-State Actors

ABSTRACT

L'articolo analizza le principali tappe del percorso di adozione di uno strumento internazionale giuridicamente vincolante in materia di imprese e diritti umani, come proposto dalla Risoluzione approvata dal Consiglio ONU per i Diritti Umani nel 2014 e sostenuta da alcuni dei Paesi emergenti rappresentati in seno al Consiglio. In particolare, l'analisi si concentrerà: (i) sul ruolo svolto sia dagli Stati sia dagli attori non-statali coinvolti nel processo di negoziazione; (ii) sull'impegno delle Nazioni Unite in materia di responsabilità giuridica delle imprese per violazioni di diritti umani; e, (iii) sulle principali ragioni a sostegno o meno della negoziazione di un trattato, soffermandosi sia su quelle di natura prettamente giuridica presentate in dottrina, sia su quelle più prettamente politiche sostenute dalla società civile. L'obiettivo principale dell'articolo, infatti, è quello di analizzare il processo di negoziazione del trattato in oggetto alla luce del ruolo svolto dalla società civile, al fine di riaffermare il dovere degli Stati di proteggere i diritti fondamentali, così come definito dal diritto internazionale generale.

This paper analyzes the main steps for the adoption of an international legally binding instrument on business and human rights since the adoption of a Resolution in 2014 by the UN Human Rights Council, supported by some of the emerging countries mostly affected by corporate-related human rights abuses. In particular, the analysis will focus on: (i) the role played both by States and Non-State Actors in drafting the treaty; (ii) the United Nations commitment to corporate liability for human rights violations; and, (iii) on the main reasons in favor or against the treaty's negotiation, from a legal and political point of view. The main objective of the paper is thus to point out the main features of the law-making process of an international treaty on business and human rights, aimed at establishing the duty of States to protect fundamental rights, as provided by general International Law.

KEYWORDS

Imprese e diritti umani, Principi Guida ONU, attori non-statali, *soft law* e *hard law*, processo di formazione delle norme

Business and human rights, UN Guiding Principles, non-State actors, soft law and hard law, law-making process

MARTA BORDIGNON*

*La road map verso uno strumento internazionale giuridicamente vincolante su
Imprese e Diritti Umani alla luce del ruolo degli Attori Non-Statali*

1. Introduzione – 2. Il ruolo degli Attori Non-Statali e degli Stati nell’*International Law Making Process*: un approccio teorico – 3. Dai Principi Guida ONU su Imprese e Diritti Umani alla prima fase di negoziazione del trattato internazionale – 4. I lavori del Gruppo di Lavoro Intergovernativo Aperto e l’efficace azione degli Attori Non-Statali – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

A partire dagli anni ’70, le Nazioni Unite si sono impegnate nella creazione di un contesto giuridico esaustivo ed efficace sulla condotta delle imprese multinazionali, come parte del loro impegno nella promozione di un’economia sostenibile a livello globale. Il primo tentativo – fatto dal Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite (ECOSOC) – ha portato all’elaborazione del *Codice di Condotta delle Imprese Transnazionali* (1972) fortemente contrastato dal Gruppo dei 77 che sin da allora ha promosso la formulazione di uno strumento internazionale vincolante in materia. Il Codice non ottenne però grandi consensi, causando di fatto l’interruzione di questo processo fino alle soglie del XXI secolo. Nonostante il generale disaccordo, la consapevolezza del ruolo e del potere crescente delle imprese venne affermata anni più tardi dall’adozione del *Protect, Respect and Remedy Framework* (2008) e dei successivi *Principi Guida su Imprese e Diritti Umani*¹ (da qui in poi Principi Guida), elaborati dallo Speciale Rappresentante del Segretario Generale delle Nazioni Unite per i Diritti Umani e le Imprese Transnazionali prof. John Ruggie, e quindi approvato dal Consiglio ONU per i Diritti Umani nel 2011.

Fin dall’adozione dei Principi Guida tutti gli attori principali – come gli Stati, le imprese, le organizzazioni non governative (ONG) e le associazioni professionali – sono stati coinvolti in differenti azioni finalizzate all’attuazione degli stessi a livello nazionale ed internazionale, come Piani

* Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, Università di Siviglia (Spagna). Email: bordignon.hrci@gmail.com.

Il lavoro di ricerca è stato condotto all’interno del Progetto di Ricerca *The implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights by the European Union and its Member States*, (DER2013-41956-P https://investigacion.us.es/sisius/sis_proyecto.php?idproy=24359) e del Network Tematico *The EU and non-State actors* (DER2015-68728-REDT https://investigacion.us.es/sisius/sis_proyecto.php?idproy=26776), Università di Siviglia, Dipartimento di Diritto Internazionale e Relazioni Internazionali.

¹ *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights – Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie*, A/HRC/8/5, 2008. *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie – Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*, A/HRC/17/31, 2011.

d'Azione Nazionale, così come richiesto, tra gli altri, dalla Commissione Europea nella sua Comunicazione su una Rinnovata Strategia di Responsabilità Sociale d'Impresa². Più recentemente, inoltre, un gruppo di Stati ha richiamato la necessità dell'adozione di un trattato internazionale su questo tema, come originariamente proposto nel 1972. Questo gruppo di Stati – guidato dall'Ecuador insieme a Bolivia, Cuba, Sudafrica e Venezuela – ha presentato al Consiglio ONU per i Diritti Umani una proposta ufficiale di negoziazione di «an international legally binding framework on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises»³. La proposta ecuadoriana prevedeva anche la creazione di un Gruppo di Lavoro Intergovernativo Aperto al fine di sviluppare il trattato: il Gruppo di Lavoro ha iniziato i suoi lavori nel luglio 2015 per discutere del contenuto, dello scopo, della natura e della forma del trattato, prima di dedicarsi a negoziare gli elementi fondamentali dello stesso. Ad oggi, alcuni tra i più influenti Stati membri dell'ONU, così come eminenti esperti in materia ed alcune ONG coinvolte, hanno presentato alcune riserve sia di tipo giuridico sia di tipo politico sull'elaborazione di questo trattato, mentre gli Stati che appoggiano l'adozione dello strumento vincolante hanno manifestato il loro interesse nel promuovere il processo di adozione.

A questo riguardo, l'articolo ha l'obiettivo di analizzare il *law-making process* del trattato in oggetto anche alla luce della partecipazione in quest'ambito dagli attori non-statali (quali, in particolare, ONG ed imprese), al fine di dare un punto di vista critico da un lato dell'effettiva applicazione dell'obbligo dello Stato di proteggere i diritti umani (*duty to protect*), e dall'altro del ruolo svolto dalla società civile nelle fasi negoziali di uno strumento internazionalmente vincolante in materia di diritti umani.

2. *Il ruolo degli Attori Non-Statali e degli Stati nell'International Law Making Process: un approccio teorico*

È ormai opinione diffusa in dottrina che gli attori non-statali⁴ abbiano acquisito, all'interno del diritto internazionale, una certa autonomia rispetto al sistema degli Stati, inclusi quelli di origine. È noto, ad esempio, quanto il Comitato Internazionale della Croce Rossa abbia influenzato la formazione di alcune norme del diritto internazionale umanitario o il Movimento Pacifista Americano abbia avuto un impatto sulla prima bozza del Patto della Lega delle Nazioni. Rimane però da comprendere appieno quanto questa autonomia si ripercuota sull'ordinamento internazionale odierno, soprattutto in termini di una possibile soggettività acquisita dagli attori non statali e dalla legittimità del loro intervento nella produzione normativa internazionale. La presenza della società civile, ed in particolare delle ONG, infatti, viene percepita dagli Stati in maniera ambivalente: da un lato la Comunità Internazionale ritiene che gli attori non-statali fungano in particolare da gruppi di pressione, svolgendo un'azione di *lobbying* nei confronti dei principali soggetti dello scenario internazionale; dall'altro, però, si pone il problema della legittimità (*legitimacy*) dell'azione della società civile soprattutto in termini di partecipazione al *decision-making process* (BOYLE, CHINKIN 2007). A volte, nonostante le ONG non abbiano una chiara e marcata legittimità nel partecipare effettivamente a questo tipo di processi e nemmeno un'effettiva legittimazione che gli derivi dai soggetti che rappresentano (siano essi Stati o

² Commissione Europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni – Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese*, COM(2011) 681 definitivo.

³ Consiglio ONU per i Diritti Umani, Risoluzione 26/9, 2014.

⁴ Per il presente lavoro si fa riferimento alla definizione di attori non-statali data dall'ECOSOC nella Risoluzione 1296 (XLIV) del 23 maggio 1968 (parr. 8-14), quali soggetti finanziariamente indipendenti dagli organi statali, finalizzati a perseguire obiettivi di *welfare* – così come previsti dalla Carta ONU – con una struttura organizzativa formalizzata e composta da membri individuali e collettivi.

gruppi di individui), esse risultano più efficaci nella loro azione di pressione ed orientamento del processo negoziale che gli Stati stessi (PEDRAZA-FARINA 2013).

D'altronde, soprattutto in alcune branche del diritto internazionale – quali il diritto internazionale dell'economia, la tutela ambientale e i diritti umani – il coinvolgimento della società civile nelle nuove forme di regolamentazione che sono emerse negli ultimi decenni si è dimostrato un requisito necessario, se non addirittura funzionale, per alcune istituzioni globali e regionali. Questo fenomeno è noto anche in merito alle tradizionali organizzazioni internazionali come l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO) o l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) che includono rappresentanti dei sindacati, delle associazioni professionali e di imprenditori nelle loro attività e tra i loro membri osservatori. Inoltre, ad oggi quasi 5000 ONG godono dello status consultivo presso l'ECOSOC⁵, che in base a quanto previsto dall'articolo 71 della Carta ONU «può prendere opportuni accordi per consultare le ONG interessate alle questioni che rientrino nella sua competenza». Lo status consultivo ECOSOC comporta l'aver accesso ad alcuni documenti oltre a partecipare alle sessioni negoziali (potendo, in alcuni casi, anche intervenire attivamente nella discussione) o tramite altre forme di partecipazione, quali il ruolo di *amicus curiae*⁶ o la presentazione di istanze al posto delle vittime di gravi violazioni di diritti umani (*collective complaints*)⁷. In particolare, anche in materia di diritti umani, alcune istituzioni in ambito ONU di monitoraggio della *compliance* degli Stati a quanto previsto da trattati e standard sono fortemente dipendenti dall'esperienza sul campo e dalla conoscenza della tematica e del contesto locale da parte delle organizzazioni della società civile, sia nazionali sia internazionali. In tal senso sono ormai numerosi gli esempi di network transnazionali di ONG che hanno promosso e partecipato a conferenze negoziali come quella per l'elaborazione dello Statuto della Corte Penale Internazionale (Roma, 1998) o della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità (2006).

Rileva in questo contesto anche la questione fortemente discussa in dottrina della soggettività internazionale degli attori non-statali, in particolare, nel presente caso, di imprese ed ONG. Le principali posizioni in dottrina si distinguono tra i sostenitori di una soggettività limitata o comunque dipendente dai diritti e doveri assegnati alla singola ONG in termini di diritto internazionale (come per esempio la partecipazione alle fasi negoziali, come già accennato precedentemente) e chi non considera la partecipazione degli attori non-statali ad alcuni elementi del diritto internazionale – quali la produzione normativa o i procedimenti arbitrali e giurisdizionali – come un requisito fondante per la loro soggettività internazionale. D'altro canto, però, la crescente perdita di potere da parte degli Stati, soprattutto sul mercato finanziario e all'interno delle operazioni finanziarie transnazionali (internazionalizzazione e liberalizzazione dei movimenti di capitali), ha comportato il rafforzamento del ruolo delle imprese multinazionali, che fungono da “attori” e destinatari di norme, come i principi a tutela dei diritti umani che, come si vedrà in seguito, sono talvolta diretti alle imprese. In termini di soggettività internazionale, le imprese multinazionali non sono considerabili come soggetti del diritto internazionale, ma partecipano alla formazione delle norme internazionali e fungono da interlocutori con gli Stati e con le organizzazioni internazionali per l'implementazione delle stesse. Inoltre, se violano

⁵ Per la lista completa si veda: <http://esango.un.org/civilsociety/displayConsultativeStatusSearch.do?method=search&sessionCheck=false>.

⁶ Soggetto in grado di fornire elementi di fatto o di diritto utili per la decisione dell'organo arbitrale o giurisdizionale.

⁷ A livello regionale, un esempio di questa forma di partecipazione alle istanze giurisdizionali o paragiurisdizionali da parte delle ONG è riscontrabile nell'art.44 della Convenzione Interamericana per i Diritti Umani. Più in generale, esempi di partecipazione attiva ad alcuni negoziati si sono avuti durante la Conferenza su Ambiente e Sviluppo di Rio de Janeiro (1992) e al *World Summit for Social Development* di Copenhagen (1995).

gli standard a loro diretti, come il Global Compact⁸ o i Principi Guida ONU su Imprese e Diritti Umani, possono essere ritenute responsabili tramite l'applicazione di meccanismi internazionali che prescindono dalla disciplina nazionale in materia (CARBONE et al. 2016).

Nei paragrafi successivi l'analisi fin qui compiuta sul ruolo degli attori non-statali, ed in particolare delle ONG e delle imprese, verrà applicata al caso in oggetto, ovvero la negoziazione in atto di uno strumento vincolante in materia di imprese e diritti umani, che ha visto accompagnarsi all'azione propositiva degli Stati quella di *lobbying* e *advocacy* da parte di alcune delle principali ONG internazionali a difesa dei diritti umani.

3. *Dai Principi Guida ONU su Imprese e Diritti Umani alla prima fase di negoziazione del trattato internazionale*

Nell'ambito del diritto internazionale generale, così come di quello pattizio, non esistono norme specifiche che impongano obblighi alle imprese sulla tutela dei diritti umani, con il risultato dell'esistenza di norme frammentate e riconducibili a diverse fonti riguardo al dovere degli Stati di agire in tutela dei diritti fondamentali per eventuali violazioni compiute da imprese da loro controllate (obbligo negativo). Se si fa riferimento, per esempio, ad uno degli strumenti giuridici principali per la tutela dei diritti umani, quale la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1948, è presente nel Preambolo un generico riferimento a «every individual and every organ of society» come destinatari del contenuto della Dichiarazione. Se con questa espressione si possono in qualche modo identificare anche le imprese, rimane il limite degli effettivi obblighi giuridici derivanti dalla Dichiarazione sui quali ancora oggi si discute, anche se il suo contenuto è ormai universalmente riconosciuto come diritto internazionale consuetudinario. Per quanto riguarda poi i trattati sottoscritti dagli Stati – che incontrano sempre il limite di produrre effetti giuridici sui soli Stati parte – generalmente essi prevedono obblighi indiretti in capo alle imprese di tutelare i diritti umani, mentre impongono agli Stati di proteggere i diritti umani delle persone sotto la loro giurisdizione da possibili violazioni compiute da terzi, incluse le imprese, facendo così riferimento a quanto il diritto internazionale generale prevede in merito agli obblighi positivi degli Stati per la salvaguardia dei diritti umani. In tal senso, dunque, in capo agli Stati esistono obblighi sia positivi che negativi: se da un lato infatti si fa riferimento all'obbligo negativo sopracitato di *non facere*, dall'altro lato è previsto un obbligo positivo di *facere*, ovvero di adottare norme interne a tutela per esempio dei diritti dei lavoratori (come la previsione di un salario minimo). Nelle intenzioni del Consiglio ONU per i Diritti Umani – così come del Rappresentante Speciale del Segretario Generale ONU per le Imprese Transnazionali e i Diritti Umani, prof. John Ruggie⁹ – l'adozione dei Principi Guida su Imprese e Diritti Umani era dunque finalizzata ad unificare le norme e i principi esistenti nel diritto internazionale ed evitare una ancora maggiore frammentazione della materia. Nonostante i Principi

⁸ Il Global Compact comprende un insieme di 10 principi fondamentali relativi a diritti umani, standard lavorativi, tutela dell'ambiente e lotta alla corruzione che le aziende ed organizzazioni aderenti sono chiamate a condividere, sostenere ed applicare nella propria sfera di influenza. I Principi del Global Compact sono stati elaborati dalle Nazioni Unite nel 1999.

⁹ Fu l'allora Segretario Generale delle Nazioni Unite Kofi Annan che nominò nel 2005 il professor John Ruggie come Rappresentante Speciale per le Imprese Transnazionali e I Diritti Umani, al fine di: «to identify and clarify standards of corporate responsibility and accountability regarding human rights; to elaborate on State roles in regulating and adjudicating corporate activities; to clarify concepts such as “complicity” and “sphere of influence”; to develop methodologies for human rights impact assessments and consider state and corporate best practices», (Commissione ONU per i Diritti Umani, E/CN.4/RES/2005/69, 2005).

Guida siano solo uno strumento di *soft law* e quindi non producano effetti giuridici vincolanti, sono stati considerati da una parte della Comunità Internazionale come una base sulla quale negoziare uno strumento di *hard law*, anche grazie al largo consenso da essi ottenuto soprattutto da parte della società civile e degli attori non-statali in generale (FORD 2015).

I Principi Guida ONU sono in realtà il punto di arrivo di un lento e graduale processo di formazione di un consenso univoco in materia di responsabilità giuridica delle imprese per violazioni di diritti umani, unita alla ridefinizione di un nuovo ordine economico internazionale all'interno delle Nazioni Unite: entrambi questi movimenti erano finalizzati a rimodellare l'economia globale anche attraverso un maggiore controllo sull'attività delle imprese multinazionali.

Nonostante la mancanza di consenso sul già citato Codice, infatti, la Sottocommissione delle Nazioni Unite per la Promozione e la Protezione dei Diritti Umani stabilì un Gruppo di Lavoro nel 1998 al fine di presentare un documento che servisse da base per la riformulazione del Codice di Condotta per le Imprese Transnazionali, intitolato *Norme sulle responsabilità delle imprese transnazionali e di altre imprese in merito ai diritti umani*, poi approvato nel 2003 dall'allora Commissione ONU per i Diritti Umani¹⁰. Questo documento, che conteneva il riferimento a tutti i diritti umani potenzialmente violati dall'attività delle imprese, rimane ancora oggi, nonostante l'adozione dei Principi Guida e i numerosi pareri contrari in merito, un punto di riferimento all'interno del sistema delle Nazioni Unite in relazione al rapporto tra la condotta delle imprese e la protezione dei diritti umani. La stessa Commissione ONU per i Diritti Umani, infatti, rifiutò di adottare il documento, sia perché frutto di una iniziativa indipendente della Sottocommissione, sia per la mancanza di un reale *status* giuridico dello stesso. Al contrario, alcuni esperti hanno definito il documento del Gruppo di Lavoro come un «restatement of the existing law» (ROSEMANN 2005), capace di produrre – nonostante il suo mero valore giuridico come strumento di *soft law* – un proprio valore politico, sociale ed economico.

Con la nomina del Prof. Ruggie nel 2005, ha inizio invece il percorso che porterà nel 2008 all'elaborazione del *Protect, Respect and Remedy Framework*, approvato all'unanimità dal Consiglio delle Nazioni Unite per i Diritti Umani e basato su tre pilastri: a) il dovere dello Stato di proteggere i diritti umani dalle violazioni compiute da terzi; b) la responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani; c) la necessità di migliorare l'accesso alla giustizia per le vittime. Grazie al lavoro svolto dal prof. Ruggie e dal Gruppo di Lavoro su Imprese e Diritti di Umani da lui creato, e con l'obiettivo di predisporre una base operativa per l'applicazione del Framework, con la Risoluzione 17/4 nel giugno del 2011 il Consiglio ONU per i Diritti Umani approvò i Principi Guida su Imprese e Diritti Umani. Questi documenti segnano l'inizio di un percorso, ancora in svolgimento, che ha portato finora ad una definizione più specifica del concetto di responsabilità delle imprese per violazioni dei diritti umani, del ruolo delle stesse e degli Stati non solo nell'attuazione dei Principi Guida, ma anche nella promozione e nel supporto alle vittime di questi abusi tramite la creazione di meccanismi giudiziari e non giudiziari, sia a livello statale sia a livello internazionale. D'altra parte però i Principi Guida hanno anche segnato l'avvio di un'azione propositiva in materia di imprese e diritti umani da parte di tutti gli attori non-statali coinvolti, considerabili in questo caso come veri e propri *stakeholder*, ovvero portatori di interesse. In questi anni, infatti, le ONG, le associazioni professionali, i sindacati e le comunità locali direttamente interessate dall'attività delle imprese, hanno acquisito un ruolo ambivalente: da un lato in termini di un'effettiva applicazione della normativa esistente e di partecipazione al processo di formazione di nuove norme; dall'altro, attraverso campagne di sensibilizzazione dell'opinione pubblica finalizzate ad aumentare la consapevolezza di tutti gli interlocutori sul possibile impatto negativo dell'attività d'impresa e sulla garanzia di accesso alla giustizia per le vittime. Non

¹⁰ *Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights*, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2

meno rilevante è poi il ruolo, a volte virtuoso, svolto da alcune imprese che si sono decisamente impegnate nell'elaborazione ed attuazione di politiche a tutela dei diritti umani, attraverso l'implementazione di un processo di *due diligence* ed *impact assessment*¹¹.

Fin dall'*endorsement* ottenuto dai Principi Guida nel 2011 la loro applicazione a livello interno ed internazionale, così come gli effetti preponderanti che questa avrebbe avuto su tutti i principali soggetti coinvolti, si è posta come priorità sia da parte del Gruppo di Lavoro ONU su Imprese e Diritti Umani, sia da parte degli attori non-statali maggiormente attivi in questo ambito. Le due Risoluzioni approvate dal Consiglio ONU per i Diritti Umani nell'estate 2014 segnano quindi un punto di svolta nella ricerca di nuovi strumenti finalizzati ad una più effettiva implementazione dei Principi Guida ONU, non solo nei confronti degli Stati, ma anche delle imprese multinazionali in termini di diritti e doveri in capo a quest'ultime. In particolare, la Risoluzione 26/9¹² presentata dall'Ecuador nel giugno 2014 è il risultato di mesi di dibattito sulla necessità o meno dell'esistenza del trattato e segue la dichiarazione ecuadoriana del settembre 2013 durante la 24^a sessione del Consiglio in merito alla creazione di un Gruppo di Lavoro Intergovernativo Aperto per la negoziazione di un trattato in materia. Questa risoluzione si riferisce solo in un unico punto ai Principi Guida e non spiega perché vi sia bisogno di adottare uno strumento giuridicamente vincolante; inoltre, non identifica specifiche violazioni di diritti umani o particolari settori industriali a cui fare riferimento, ma tenta di creare un sistema giuridico internazionale onnicomprensivo sulla condotta delle imprese e sulla loro responsabilità per violazioni di diritti umani, limitando tra l'altro l'applicazione alle sole imprese transnazionali. La seconda Risoluzione, invece, è stata adottata per *consensus* il giorno seguente e promossa principalmente dalla Norvegia e da Paesi quali l'Argentina, il Ghana, l'India, la Russia e altri 22 inclusi gli Stati Uniti d'America, la Gran Bretagna e l'Unione Europea. A differenza dell'altra Risoluzione, quest'ultima supporta il Gruppo di Lavoro esistente creato dal prof. Ruggie, riaffermando il suo ruolo di promotore dell'applicazione dei Principi Guida da parte degli Stati tramite l'adozione dei Piani Nazionali d'Azione e chiedendo il prolungamento del suo mandato per ulteriori tre anni, oltre all'organizzazione di un processo di consultazioni sul trattato e al monitoraggio delle normative statali esistenti e in via di approvazione sui rimedi giudiziari e non giudiziari.

L'adozione di queste due Risoluzioni ha visto sia reazioni positive, sia notevole preoccupazione e disaccordo. Particolarmente rilevante è stato il parere di alcune ONG impegnate nel settore che hanno manifestato la loro contrarietà soprattutto in merito al fatto che la Risoluzione presentata dall'Ecuador abbia messo in pericolo il consenso unanime esistente in tema di imprese e diritti umani che era stato raggiunto solo tre anni prima con l'adozione dei Principi Guida. Secondo questo punto di vista l'approvazione della Risoluzione da parte del Consiglio potrebbe considerarsi come un passo indietro rispetto agli sforzi fatti per sensibilizzare Stati, imprese ed opinione pubblica sulla tematica. Altre osservazioni negative presenti in dottrina, che verranno poi meglio analizzate in seguito, si riferiscono da un lato alla portata limitata del trattato, soprattutto in merito al fatto che esso sia indirizzato alle sole imprese transnazionali – tralasciando sia le piccole e medie imprese, sia quelle a partecipazione statale – dall'altro alle difficoltà a cui sia i negoziati sia l'adozione del trattato dovranno far fronte, data la forte opposizione di un gruppo ben definito di Stati membri ONU. È certo però che al di là delle obiezioni presentate da un gran numero di organizzazioni ed esperti, la differente natura e finalità delle due Risoluzioni appare evidente: se quella dell'Ecuador, infatti, può essere considerata come

¹¹ Nell'economia del presente lavoro verrà considerata solo l'attività posta in essere dalle ONG in termini di una loro legittima ed effettiva partecipazione al processo di formazione delle norme, tralasciando la loro attività di *advocacy* e *campaigning* con Stati ed imprese.

¹² La Risoluzione venne approvata con 20 voti a favore, 14 contrari e 13 astenuti e venne supportata dal Gruppo dei 77, da 500 organizzazioni non governative, organizzazioni internazionali per i diritti umani e movimenti sociali.

punto di partenza per la riaffermazione di un movimento a favore dell'adozione di uno strumento giuridicamente vincolante in merito alla responsabilità delle imprese per violazioni di diritti umani, quella presentata dalla Norvegia evidenzia un approccio più diplomatico alla questione, ed è stata da molti considerata come una "via di fuga" da parte di alcuni Paesi industrializzati in merito alla necessità di prendere una posizione sul trattato. Come si vedrà in seguito, le preoccupazioni e le osservazioni negative immediatamente successive alle due Risoluzioni sono state poi confermate dai risultati delle prime due sessioni del Gruppo di Lavoro Intergovernativo Aperto che si sono tenute rispettivamente nel luglio 2015 e nell'ottobre 2016 e che verranno analizzate nel paragrafo successivo.

4. I lavori del Gruppo di Lavoro Intergovernativo Aperto e l'efficace azione degli Attori Non-Statali

La prima sessione del Gruppo di Lavoro Intergovernativo Aperto si è tenuta a Ginevra dal 6 al 10 luglio 2015 e vi hanno partecipato 59 Stati (oltre a due Stati osservatori, Santa Sede e Palestina), tra i quali non figurano però gli Stati Uniti d'America e la Gran Bretagna, mentre erano presenti sia la Federazione Russa sia la Cina. Anche alcune tra le principali organizzazioni internazionali come l'Unione Europea¹³, l'OCSE, l'UNICEF, l'ILO, l'UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development), il Consiglio d'Europa e numerose ONG, che figurano tra quelle con status consultivo nell'ECOSOC, hanno preso parte all'incontro. Una delle prime decisioni prese dal Gruppo di Lavoro è stata la nomina per acclamazione dell'Amb. Maria Fernanda Espinosa Garcés (Rappresentante Permanente dell'Ecuador presso il Consiglio ONU per i Diritti Umani) come Presidente del Gruppo, riconfermata nella seconda sessione dell'ottobre 2016.

Questo incontro ha segnato un primo momento di confronto sul tema tra i vari soggetti portatori di interessi, come ad esempio molte ONG, che si sono espresse in particolare sulla necessità di includere tutti i diritti umani esistenti all'interno del trattato e non limitarlo quindi solo alle *gross violations*, cosa che rischierebbe di escludere la maggior parte delle violazioni compiute dalle imprese tra quelle perseguibili. La necessità di fare riferimento ai diritti legati alla terra e alle risorse naturali per includere così quelli delle popolazioni indigene, oltre che i diritti dei lavoratori e delle donne, è stata centrale nell'azione di *lobbying* compiuta dalle ONG presenti.

Durante i lavori del Gruppo, alcuni temi fra quelli di maggiore rilevanza in termini di imprese e diritti umani sono stati affrontati grazie anche all'intervento e alla sensibilizzazione delle ONG, come: (i) i principi che devono essere inseriti nel nuovo trattato (diritto ad una difesa legale, garanzia del ricorso alla giustizia, diritto allo sviluppo, riconoscimento della responsabilità territoriale ed extraterritoriale delle imprese, obbligo per gli Stati di proteggere i diritti umani e di promuovere la cooperazione internazionale in materia); (ii) una corretta definizione di imprese transnazionali, la loro responsabilità giuridica (*liability*) e la natura extraterritoriale delle loro operazioni ed attività, oltre all'ampliamento dello scopo del trattato alle imprese di tutte le dimensioni. Inoltre, alcune ONG hanno proposto di individuare i diritti umani dal punto di vista delle vittime e non del soggetto che li viola, data la natura universale, indivisibile e interdipendente dei diritti fondamentali delle persone, promuovendo quindi gli interessi di coloro che vengono maggiormente e direttamente colpiti dagli abusi

¹³ L'Unione Europea ha in realtà abbandonato l'incontro dopo che alcune delle sue condizioni di negoziazione non sono state accolte (la prima condizione posta dall'UE riguardava una maggiore enfasi nel Trattato in riferimento ai Principi Guida, mentre la seconda si riferiva all'ampliamento dei soggetti a cui il Trattato si dovrebbe rivolgere, includendo le piccole e medie imprese e non limitandosi quindi a quelle transnazionali), facendo così mancare il supporto e il parere europeo in merito all'adozione del trattato. Successivamente, l'Unione Europea si è detta comunque interessata a partecipare ai futuri lavori nell'ottica di promuovere l'applicazione dei Principi Guida.

compiuti dalle imprese. Anche l'aspetto prettamente giuridico della responsabilità degli Stati e delle imprese nel garantire il rispetto dei diritti umani a livello territoriale ed extraterritoriale è stato fortemente discusso, soprattutto riguardo alla mancanza di una definizione precisa di giurisdizione che fa sì che la responsabilità extraterritoriale spesso non venga garantita: da questa deriva la necessità di rafforzare le leggi nazionali esistenti e creare nuove norme internazionali in materia per garantire l'accesso alla giustizia per le vittime, oltre che a prevedere leggi statali che obblighino le imprese a compiere il processo di *due diligence* ai diritti umani, come sta accadendo in Francia e in Svizzera¹⁴. Sempre in tema di *legal liability* delle imprese transnazionali è stata ribadita la necessità di definire sanzioni e responsabilità civile, penale o amministrativa delle imprese, oltre che di includere le imprese sussidiarie come soggetti responsabili in caso di violazione, in modo da limitare l'impunità di tutta la catena di fornitura ed evitare che le imprese utilizzino le clausole di investimento nei trattati commerciali per far ricadere sugli Stati ospitanti la responsabilità. Infine, è stata proposta la creazione di un tribunale o di un giudice internazionale che cooperi con i sistemi di giustizia nazionali o regionali per garantire la risoluzione del *gap* esistente riguardo alla responsabilità territoriale ed extraterritoriale delle imprese, oltre all'identificazione delle barriere giuridiche, procedurali e pratiche, solitamente correlate tra loro, che impediscono l'accesso alla giustizia (tra le quali, ad esempio, il problema della giurisdizione civile e del *forum non conveniens*¹⁵).

La seconda sessione del Gruppo si è tenuta dal 24 al 28 ottobre 2016 e ha visto un passo in avanti soprattutto riguardo ad alcuni punti fortemente discussi nella prima riunione e sui quali si è concentrata nell'ultimo anno l'azione di *lobbying* delle ONG. Innanzitutto, nonostante diversi tentennamenti, anche la rappresentanza dell'Unione Europea ha partecipato ai lavori, dopo che la sua assenza nella prima sessione era stata fortemente criticata. L'Unione Europea, pur ribadendo il suo impegno in tema di imprese e diritti umani e per l'attuazione dei Principi Guida, ha però condizionato la sua partecipazione ai lavori ad alcuni aspetti, ovvero: (i) l'inclusione delle imprese di piccole e medie dimensioni e di quelle controllate dallo Stato nello scopo del trattato; (ii) l'ampliamento del processo negoziale al fine di renderlo maggiormente inclusivo ed aperto a tutti gli *stakeholder*, compresi gli attori non-statali che abbiano lo status consultivo ECOSOC ed in particolare le ONG, i sindacati e le imprese¹⁶; (iii) il riferimento costante e palese ai Principi Guida come base strutturale del trattato. Maggiormente attive in questa seconda sessione le ONG presenti, che hanno organizzato proteste, manifestazioni ma anche eventi paralleli finalizzati a sensibilizzare tutte le parti coinvolte in merito alla condizione dei soggetti direttamente coinvolti nelle violazioni di diritti umani, come le vittime. Rispetto al 2015, le ONG europee per esempio hanno più volte ribadito la necessità di un maggior impegno ed una maggiore partecipazione dell'Unione Europea e dei suoi Stati membri ai negoziati, anche in risposta all'assenza di Paesi quali Stati Uniti, Canada, Australia e Nuova Zelanda, che hanno così ribadito la loro

¹⁴ La proposta di legge, presentata al Parlamento francese per la prima volta nel gennaio 2015, prevede l'obbligo per le imprese di pubblicare un *plan du vigilance*, attuando così un monitoraggio a 360 gradi in tema di diritti umani, ambiente, corruzione, ecc. Attualmente, il testo – più volte emendato dal Parlamento – è stato approvato dal Senato il 29 novembre 2016 in una versione completamente riformulata rispetto a quella originaria. Si auspica una sua adozione definitiva nel 2017. In Svizzera è invece in atto un'iniziativa promossa dalla *Swiss Coalition for Corporate Justice* finalizzata ad includere nella legislazione nazionale, attraverso una modifica costituzionale, una *due diligence* obbligatoria in materia ambientale e di diritti umani.

¹⁵ La pratica del *forum non conveniens*, tipica del sistema giuridico anglosassone, si riferisce al potere discrezionale di una corte di rigettare un caso considerando un altro organo giudiziale più competente per pronunciarsi in merito alla questione.

¹⁶ Alcune ONG hanno contestato la richiesta dell'Unione Europea di aprire i negoziati alla partecipazione delle imprese: è stato però fatto notare che le imprese sono già ampiamente rappresentate e partecipative alla discussione attraverso alcune associazioni presenti alla sessione di lavoro e che godono dello status consultivo ECOSOC, quali l'International Organization of Employers (IOE) e l'International Chamber of Commerce (ICC).

contrarietà al trattato. Anche in questa seconda sessione sono stati molti gli argomenti discussi e talvolta ripresi da quelli già ampiamente dibattuti nel corso della prima riunione, quali: (i) gli obblighi extraterritoriali in capo alle imprese; (ii) l'approccio giurisprudenziale in materia; (iii) la definizione dello scopo del trattato. In particolare, gli interventi delle ONG si sono concentrati: da un lato sui destinatari del trattato, che dovrebbero includere non solo le imprese multinazionali, ma anche quelle nazionali e a partecipazione statale che possono avere un impatto negativo sui diritti umani, così come espresso anche dall'Unione Europea; dall'altro, sul contenuto del III Pilastro dei Principi Guida e quindi sulla necessità di istituire un meccanismo di controllo ed implementazione (simile ad una corte internazionale) che possa giudicare abusi commessi dalle imprese. In merito, la posizione del prof. Surya Deva, attuale membro del Gruppo di Lavoro ONU su imprese e diritti umani, risulta favorevole soprattutto in termini di possibili obblighi derivanti da strumenti esistenti all'interno del diritto internazionale sulla responsabilità giuridica delle imprese, così come già definito nei Principi Guida. Risulta dunque evidente come in un contesto quale quello dei lavori preparatori alla negoziazione di un trattato internazionale in materia di diritti umani, che si rivolge, tra l'altro, direttamente ad attori non-statali come le imprese, l'azione partecipativa della società civile sia non solo essenziale, ma anche fortemente necessaria. Inoltre, le ONG in questa particolare occasione svolgono anche un ruolo a volte di mediatore tra le posizioni espresse dagli Stati, oltre che essere portatori degli interessi espressi dai soggetti più vulnerabili e con minore potere contrattuale.

Dal dibattito scaturito a livello internazionale, è possibile identificare diversi approcci in merito all'adozione del trattato in oggetto: il primo riferito alle riserve di tipo giuridico supportate generalmente dalla dottrina e un secondo riguardante gli aspetti non giuridici, o meglio politici, principalmente riconducibile agli Stati. In particolare, la dottrina si è soffermata sul contenuto e sulla portata del trattato, viceversa gli Stati si sono concentrati sulla possibilità della perdita di consenso attorno ai Principi Guida e alle ulteriori problematiche emergenti riguardo la loro attuazione. In generale, coloro che si oppongono all'adozione del trattato concordano su alcuni aspetti controversi da un punto di vista giuridico, soprattutto riguardo all'inserimento della dimensione extraterritoriale della responsabilità delle imprese, allo scopo del trattato e alla questione del *gap* di responsabilità tra Stato e soggetti a fini di lucro. D'altra parte, però, alcuni degli Stati che sponsorizzano il processo di negoziazione sono tra quelli maggiormente impegnati nel promuovere l'attuazione dei Principi Guida a livello statale, attraverso l'adozione dei Piani d'Azione Nazionale e di normative in merito alla responsabilità delle imprese per violazioni di diritti umani, al fine di superare l'attuale mancanza di norme statali in questo ambito (RAMASASTRY, CASSEL 2015).

Sulle riserve di natura giuridica si sono espressi sia la dottrina sia esperti della materia e attori non-statali. In particolare, si sono focalizzati su alcuni punti poi affrontati durante le due sessioni del Gruppo di Lavoro, quali il problema dell'applicazione extraterritoriale delle norme internazionali alle imprese che abbiano una responsabilità giuridica limitata o siano divise in più entità giuridiche (CIDSE 2014; BILCHITZ 2015), e la limitata applicazione del trattato alle sole imprese transnazionali¹⁷. Un altro punto molto discusso è quello della vasta gamma di diritti umani che possono essere potenzialmente violati da parte delle imprese e debbano quindi essere inseriti all'interno del trattato: in merito si è espressa la Commissione Internazionale dei Giuristi, prospettando tra le varie ipotesi quella di limitarsi solo alle *gross violations* (con riferimento allo Statuto della Corte Penale Internazionale) o di escludere i diritti economici, sociali e culturali in favore di quelli politici e civili. In merito si è

¹⁷ Le imprese nazionali così come quelle di piccola e media dimensione sarebbero dunque escluse, privando quindi il trattato di una chiara definizione a differenza dei Principi Guida (KARMEL 2015). Su quest'ultimo aspetto si è poi soffermato il prof. Surya Deva riferendosi in particolare alla natura e allo scopo del trattato, ribadendo la limitata portata e la possibile inefficacia di un trattato che fosse indirizzato alle sole imprese transnazionali (DEVA 2015).

espresso anche il prof. Surya Deva, che vede nella possibilità prospettata di focalizzare il trattato solo sui diritti civili e politici un motivo di esclusione a priori del cosiddetto “Sud del Mondo”, nonché dei soggetti più vulnerabili quali donne, bambini, disabili, popolazioni indigene, ecc. (DEVA 2015). Infine, tra le osservazioni emerse vi è quella dell’esigenza di una riaffermazione della sovranità statale in merito ad alcuni aspetti di politica interna, inclusi la regolamentazione dell’attività delle imprese, l’accesso ai meccanismi nazionali giudiziari e la necessità di garantire un effettivo ricorso alla giustizia per le vittime, un problema che oggi si traduce da un lato nella mancanza di indipendenza dei tribunali nazionali, e dall’altro in un *gap* normativo in merito alla responsabilità giuridica delle imprese (BILCHITZ 2015; INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS 2014).

Per quanto riguarda, invece, le riserve di natura non giuridica, sono state principalmente presentate dagli attori non-statali che hanno sottolineato il rischio di indebolire il processo di applicazione dei Principi Guida e la possibilità di minare alla base il consenso raggiunto attraverso di essi, così come di contraddire il mandato originale del Gruppo di Lavoro e di Ruggie. Queste considerazioni, fortemente sostenute anche dalla prassi degli Stati – così come dalla posizione iniziale dell’Unione Europea e degli Stati Uniti in seno al Consiglio ONU per i Diritti Umani – possono essere ricondotte a quanto espresso da Ruggie sulla necessità di dare priorità all’applicazione dei Principi Guida, invece che ad un processo di adozione di un trattato internazionale in materia. Di parere contrario è invece Surya Deva, che vede il rapporto tra il trattato e i Principi Guida fondato su una complementarità che potrebbe essere una risposta efficace alla sfida posta dagli attori non-statali negli ultimi anni sull’applicazione dei Principi Guida, oltre ad essere la naturale continuazione di questo ciclo normativo, soprattutto se venisse maggiormente normato l’aspetto relativo all’accesso alla giustizia per le vittime. Inoltre, Deva vede nella negoziazione del trattato non l’espressione di una scelta definitiva della Comunità Internazionale a discapito dei Principi Guida, ma uno strumento efficace per risolvere il *governance gap* esistente in materia (DEVA 2015). Ulteriore preoccupazione degli attori non-statali riguarda, infine, la scarsa adozione e ratifica da parte degli Stati di un trattato su questa tematica, che vedrebbe così limitata la sua capacità di imporre obblighi giuridici ad un numero esiguo di Stati, nonostante un lungo periodo di tempo necessario per la sua adozione (KARMEL 2015; CATÀ BACKER 2014).

D’altra parte, però, alcuni Stati hanno dimostrato un certo interesse nel promuovere e supportare il processo di negoziazione del trattato, riuscendo quindi ad individuare degli aspetti positivi nella proposta avanzata dall’Ecuador. Tra le principali motivazioni a sostegno del trattato¹⁸ vi è sicuramente il fatto che questo possa essere considerato come un ponte tra le legislazioni dei singoli Stati e l’approccio internazionale in materia di diritti umani ed imprese (CIDSE 2014) e come un incentivo all’approvazione di leggi nazionali che rendano obbligatoria la *due diligence* ai diritti umani, al fine così di regolamentare maggiormente l’ordine giuridico dei singoli Stati in merito alle attività economiche (SHETTY 2015)¹⁹. Infine, tra le opinioni espresse da alcuni attori non-statali rileva quella dei sindacati ed in particolare dell’International Trade Union Confederation (ITUC), che ha individuato nella definizione di un processo di *due diligence* ai diritti umani obbligatorio, nella garanzia di accesso alla giustizia, nell’adozione di strumenti di protezione sociale e di contrattazione collettiva, così come

¹⁸ Alcune posizioni espresse sia a livello europeo sia a livello internazionale in tal senso meritano poi di essere menzionate, come ad esempio quelle di alcuni parlamentari europei sulla natura complementare del trattato rispetto ai Principi Guida, della necessità di un maggiore impegno delle istituzioni europee e degli Stati membri per supportare il trattato, così come l’adozione di norme vincolanti al fine di assicurare la punibilità delle imprese per violazioni di diritti umani (European Coalition for Corporate Justice – ECCJ meeting 2015).

¹⁹ Oltre alle già citate iniziative legislative nazionali per la definizione di una *due diligence* obbligatoria per le imprese, a livello europeo alcuni Stati stanno promuovendo l’adozione di una Direttiva in materia attraverso la proposta della cosiddetta *Green Card*, promossa dal Partito Socialista francese.

nella conformità delle attività delle imprese ai diritti umani, alcuni tra i punti principali che il trattato dovrebbe prendere in considerazione²⁰.

Riassumendo, dunque, molti sono gli aspetti che sono stati più volte rimarcati sia dagli Stati, sia da parte della dottrina che degli attori non-statali. In definitiva, quello che molti rappresentanti della società civile e della dottrina auspicano è che questo trattato possa essere uno strumento per chiarire l'esatta natura e ampiezza degli obblighi giuridici delle imprese rispetto ai diritti umani e al tempo stesso un mezzo per compiere un passo in avanti nell'implementazione effettiva dei Principi Guida.

5. Conclusioni

L'obiettivo principale di questo lavoro è quello di definire il potenziale contributo dell'adozione di uno strumento internazionale giuridicamente vincolante su imprese e diritti umani all'attuazione del dovere degli Stati di proteggere i diritti umani dalle violazioni commesse dalle imprese stesse, attraverso il ruolo svolto nelle prime fasi negoziali dagli attori non-statali.

Dopo aver quindi considerato sia la proposta avanzata dall'Ecuador in seno alla Consiglio ONU per i Diritti Umani nel Giugno 2014, sia le due prime sessioni di lavoro negoziale e le reazioni degli altri Stati membri del Consiglio, della dottrina e di alcune ONG impegnate nella difesa dei diritti umani, è possibile delineare ad oggi (ottobre 2016) una probabile linea di sviluppo di questo processo, sia in termini di un'effettiva adozione del trattato, sia in merito al ruolo centrale svolto in quest'ultimo caso dagli attori non-statali.

La domanda di base a cui molti stanno tentando di rispondere è se questo trattato sia davvero necessario, in che misura e fino a che punto possa essere utile per risolvere le problematiche già evidenziate e garantire soprattutto l'accesso alla giustizia per le vittime, una delle principali motivazioni supportate dalle ONG. A questo fine è necessario distinguere i problemi che emergono in capo all'obbligo degli Stati di tutelare i diritti umani e alla responsabilità delle imprese di rispettarli, così come definito nei primi due Pilastri dei Principi Guida. Servirebbe dunque un'alternativa al trattato per ridefinire e far applicare il concetto di responsabilità giuridica delle imprese per le violazioni di diritti umani da esse compiute, sia all'interno degli Stati dove hanno sede legale, sia in ambito extraterritoriale: a questo proposito, è stata prospettata la creazione di un tribunale arbitrale o di una corte internazionale dei diritti umani sul modello dei *panel* dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), al fine di bilanciare da un lato la tutela dei diritti umani e dall'altro gli interessi economici delle imprese. D'altra parte, però, rileva la mancanza di soggettività internazionale delle imprese, sulla quale anche i Principi Guida sono ambigui e che risulta essere in definitiva il principale ostacolo per la definizione di una chiara responsabilità giuridica in capo alle stesse. Così come dichiarato più volte dal prof. Ruggie, quindi, la via migliore per perseguire l'attuazione dei Principi Guida si fonderebbe su uno «smart mix of measures», ovvero l'insieme armonico di misure volontarie e obbligatorie in capo a Stati ed imprese (RUGGIE, sessione conclusiva del III Forum ONU su Imprese e Diritti Umani, Ginevra 2014). A questo proposito, il prof. Surya Deva reinterpreta quanto proposto da Ruggie come una «integrated theory of regulation», cioè come delle diverse misure legislative utilizzate in modo cumulativo e coordinato e finalizzate a dare applicazione ai Principi Guida (DEVA 2012, 2015). In questo senso, il trattato può essere considerato come uno strumento per superare i limiti dei Principi

²⁰ Più recentemente è stato affiancato al tema della *due diligence* obbligatoria quello dell'esigenza di promuovere la pratica del *non-financial reporting* sia da parte delle imprese, sia da parte delle loro consociate o sub-contrattate. Questa tendenza è testimoniata, inoltre, anche dall'adozione nel 2014 della Direttiva UE 95/2014 sulla divulgazione delle informazioni non-finanziarie, la cui trasposizione da parte degli Stati Membri UE è prevista entro il 6 dicembre 2016.

Guida e completarli, come ad esempio nel caso in cui essi non siano in grado di dare attuazione al dovere degli Stati di proteggere i diritti umani o di agire in mancanza di una *due diligence* efficace o inesistente da parte delle imprese.

Tra le diverse opinioni considerate, quella del prof. Ruggie risulta essere una delle più rilevanti per lo scopo di questo lavoro (RUGGIE 2015). In assenza di un impegno effettivo da parte degli Stati per l'adozione e la ratifica del trattato, egli richiama la necessità di una leadership da parte delle ONG in questo ambito, essendo questi soggetti gli unici in grado di raccogliere un elevato consenso attorno alla loro attività e di promuovere quindi in modo efficace lo sviluppo dei negoziati. In tal senso, dunque, le ONG sono chiamate a svolgere un ruolo preminente sotto diversi aspetti – come quelli ad esse riconosciuti dal diritto internazionale generale – attraverso una continua e positiva pressione sui Governi affinché si impegnino nell'elaborazione dei Piani d'Azione Nazionale per l'implementazione dei Principi Guida e in un'azione propositiva nei confronti delle Organizzazioni Internazionali per una maggiore normazione in materia. In quest'ultimo caso, l'impegno delle ONG non sarebbe propriamente finalizzato all'elaborazione di uno strumento giuridico vincolante, ma a promuovere l'adozione a livello nazionale di normative dirette a tutelare maggiormente i diritti umani dei cittadini potenzialmente violati dall'attività delle imprese, appartenenti a qualunque settore industriale, localizzate all'interno dello Stato o con sede legale in altri Stati e di qualunque dimensione, dalle piccole e medie imprese a quelle transnazionali.

Ad oggi, sono state presentate diverse proposte alternative al trattato, come quella dell'elaborazione di una dichiarazione sugli obblighi delle imprese in tema di diritti umani, sullo stile della Dichiarazione Universale ONU: questo documento dovrebbe definire i diritti umani applicabili alle imprese come quelli contenuti in tutte le Convenzioni ONU, elencare i meccanismi statali e non statali di accesso alla giustizia e definire una precisa gerarchia con gli altri strumenti giuridici internazionali in materia di diritti umani (DEVA 2015). D'altronde, per raggiungere un consenso unanime in questa materia si potrebbe anche promuovere la conclusione di accordi multilaterali limitati a particolari settori industriali, come nel caso della Direttiva ECOWAS (Economic Community of Western African States)²¹ relativa al settore minerario ed estrattivo, che prevede nel capitolo VI una serie di obblighi in capo agli Stati in materia di diritti umani²² (FERNÁNDEZ SIXTO 2015). Infine, secondo i fautori del trattato, una possibile strada percorribile dal Gruppo di Lavoro Intergovernativo Aperto potrebbe essere quella di elaborare uno strumento giuridico ibrido che includa sia un chiaro riferimento al dovere degli Stati di proteggere i diritti umani – anche in termini extraterritoriali – sia un obbligo statale di mutua assistenza giuridica alle vittime, soluzione che pare essere la più sostenibile in termini di fattibilità politica e giuridica (DE SCHUTTER 2016).

In conclusione, quindi, sembra esserci una sostanziale necessità di oltrepassare la visione Stato-centrica del diritto internazionale e dei diritti umani in particolare, sia in merito all'individuazione di un'alternativa normativa ad uno strumento giuridico vincolante, sia per quanto riguarda l'attribuzione di un ruolo preminente agli attori non-statali coinvolti, in modo da colmare il *gap* esistente sull'applicazione delle norme in materia di responsabilità giuridica delle imprese e riaffermare l'obbligo degli Stati di proteggere i diritti umani.

²¹ ECOWAS Directive on the Harmonization of Guiding Principles and Policies in the Mining Sector, May 2009.

²² Opinione espressa dal prof. Sheldon Leader durante un Seminario tenuto all'Università degli Studi di Milano il 9 maggio 2016.

Riferimenti Bibliografici

- BILCHITZ D. 2015. *The Moral and Legal Necessity for a Business and Human Rights Treaty*, Johannesburg, University of Johannesburg, 2015.
- BOYLE A., CHINKINC. 2007. *The Making of International Law*, New York, Oxford University Press, 2007.
- CARBONE S.M., LUZZATTO R., BARIATTI S., IVALDI P., QUEIROLO I., MUNARI F., FUMAGALLI L., NASCIBENE B., SCHIANO DI PEPE L., FRIGO M., SANTA MARIA A., CONDINANZI M. 2016. *Istituzioni di Diritto Internazionale*, Torino, Giappichelli, 2016.
- CATÀ BACKER L. 2014. *The Guiding Principles of Business and Human Rights at a Crossroads: the State, the Enterprise, and the Spectre of a Treaty to Bind Them All*, in Coalition for Peace and Ethics Working Papers, 7/1, 2014.
- CIDSE 2014. *UN Business & Human Rights Framework: More Action Required at National and International Level to Stop Human Rights Abuses by Business*, Briefing Note, disponibile in: <http://www.cidse.org/publications/business-and-human-rights/business-and-human-rights-frameworks/un-business-human-rights-framework-more-action-required-at-national-and-international-level-to-stop-human-rights-abuses-by-business.html> (consultato il 20 ottobre 2015).
- DE SCHUTTER O. 2016. *Towards a New Treaty on Business and Human Rights*, in «Business and Human Rights Journal», 1, 2016, 41 ss.
- DEVA S. 2012. *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, New York & London, Routledge, 2012.
- DEVA S. 2015. *Multinationals, Human Rights and International Law: Time to Move Beyond the “State-Centric” Conception?*, in LETNAR ČERNIČ J., VAN HO T. (eds.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015.
- FERNÁNDEZ SIXTO O. 2015. *Business and Human Rights: A study on the Implications of the Proposed Binding Treaty*, University of Essex, disponibile in: <http://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Business%20and%20Human%20Rights.%20A%20study%20on%20the%20implications%20of%20the%20proposed%20binding%20treaty.pdf> (consultato il 25 ottobre 2015).
- FORD J. 2015. *Business and Human Rights. Bridging the Governance Gap*, Research Paper, London, Chatham House, 2015.
- INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2014. *Needs and Options for a New International Instrument in the Field of Business and Human Rights*, Geneva, ICJ, 2014.
- KARMEL R. 2015. *What's the Point of a Business and Human Rights Treaty?*, in: <http://www.richardkarmel.co.uk/whats-the-point-of-a-business-and-human-rights-treaty/> (consultato il 20 ottobre 2015).
- PEDRAZA-FARINA L. 2013. *Conceptions of Civil Society in International Lawmaking and Implementation: A Theoretical Framework*, in «Michigan Journal of International Law», 34, 2013, 605 ss.
- RAMASASTRY A., CASSEL D. 2015 *White Paper: Options for a Treaty on Business and Human Rights*, in «Notre Dame Journal of International & Comparative Law», 6, 1, 2015.
- ROSEMANN N. 2005. *The UN Norms on Corporate Human Rights Responsibilities: an Innovating Instrument to Strengthen Business' Human Rights Performance*, in *Dialogue on Globalization – Occasional Papers* (20/2005), Geneva, Friedrich-Ebert-Stiftung E.V., 2005.

- RUGGIE G.J. 2015. *Regulating Multinationals: The UN Guiding Principles, Civil Society, and International Legalization*, Regulatory Policy Program Working Paper (RPP-2015-04), Cambridge (Ma.), Mossavar-Rahmani Center for Business and Government, Harvard Kennedy School, Harvard University, 2015.
- SHETTY S. 2015. *Corporations Have Rights. Now We Need a Global Treaty on Their Responsibilities*, London, The Guardian, disponibile in: <http://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2015/jan/21/corporations-abuse-rights-international-law> (consultato il 20 ottobre 2015).

MAURICIO MALDONADO MUÑOZ

Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales

Conflictivism and Non-Conflictivism in Human Rights

ABSTRACT

El debate entre *conflictivistas* y *anti-conflictivistas* (el así llamado “problema del conflictivismo”) se refiere a la discusión entre aquellos que sostienen que se dan “verdaderos” conflictos entre derechos fundamentales y aquellos que lo niegan. En lo principal, en este trabajo se pretende demostrar dos tesis: (i) el “problema del conflictivismo” no corresponde en absoluto a una discusión unívoca entre dos tesis unidimensionales; al contrario, se refiere a una serie heterogénea y multidimensional de debates diversos; y, (ii) la contraposición entre las posiciones conflictivistas y anti-conflictivistas, no siendo unívoca y unidimensional (siendo heterogénea y multidimensional), no corresponde, tampoco, a una serie de posiciones necesariamente consistentes o coherentes entre ellas.

The debate between *conflictivists* and *non-conflictivists* (the so-called “*conflictivism* problem”) relates to the discussion between those who argue that there are “real” conflicts between fundamental rights and those who deny it. In this paper, I want to demonstrate two theses: (i) the “*conflictivism* problem” does not correspond to a univocal discussion between two one-dimensional theses. On the contrary, it refers to a multidimensional and heterogeneous set of different debates; (ii) the contrast between conflictivists and non-conflictivists – not being univocal and one-dimensional (being heterogeneous and multidimensional) – does not correspond to a series of necessarily consistent or coherent positions between them.

KEYWORDS

Dderechos fundamentales, conflictos, conflictivismo, anti-conflictivismo

Fundamental rights, conflicts, conflictivism, non-conflictivism

MAURICIO MALDONADO MUÑOZ*

Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales

1. *Planteamiento general* – 2. *Derechos y conflictos: un catálogo de las diversas posiciones*
– 3. *Teorías de los límites de los derechos* – 3.1. *Teoría de los límites externos* – 3.2. *Teoría de los límites internos* – 4. *Teorías del contenido esencial* – 4.1. *Teoría absoluta del contenido esencial* – 4.2. *Teoría relativa del contenido esencial* – 4.3. *Teoría de inalterabilidad del contenido de los derechos* – 5. *Especificacionismo e infraccionismo* – 5.1. *Teoría especificacionista* – 5.2. *Teoría infraccionista* – 6. *Monismo y pluralismo ético*
– 6.1. *Monismo ético* – 6.2. *Pluralismo ético* – 7. *Coherentismo y no-coherentismo* – 7.1. *Coherentismo*
– 7.2. *No-coherentismo* – 8. *Teorías de la jerarquía y del peso* – 8.1. *Mayor peso abstracto y jerarquía fija* –
8.2. *Mayor peso concreto y jerarquía móvil* – 8.3. *Igual jerarquía e igual peso* – 9. *Coincidencias, compatibilidades e incompatibilidades* – 9.1. *Compatibilidades e incompatibilidades entre las diferentes posturas* – 10. *Críticas a las diferentes posiciones* – 10.1. *Teorías de los límites y teorías del contenido esencial* – 10.2. *Teorías especificacionistas e infraccionistas* – 10.3. *Sobre monismo y pluralismo de los valores* – 10.4. *Sobre las teorías coherentistas y no-coherentistas* –
10.5. *Sobre la jerarquización y el peso* – 11. *Palabras finales*

«Cuando era muchacho, Bertrand Russell soñó que entre los papeles que había dejado sobre su mesita del dormitorio del colegio, encontraba uno en el que se leía: “Lo que dice del otro lado no es cierto”. Volvió la hoja y leyó: “Lo que dice del otro lado no es cierto”. Apenas despertó, buscó en la mesita. El papel no estaba».

RODERICUS BARTIUS, *Los que son números y los que no lo son*
(en Jorge Luis BORGES, *Libro de sueños*)

* TILPh – Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto. Dottorando di ricerca in filosofia del diritto e bioetica giuridica, Università degli Studi di Genova. Email: mmaldonadomunoz@gmail.com.

Versiones previas de este trabajo fueron presentadas en el Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto (Università degli Studi di Genova), el 15 de marzo de 2015; en el Centre de Théorie et Analyse du Droit (Université Paris Ouest Nanterre La Défense), el 1 de junio de 2015; en el 1st Palermo Human Rights & Democracy Graduate Workshop (Università degli Studi di Palermo), el 12 de noviembre de 2015; y, en la clase de Teoría del Derecho de Alessio Sardo (Università degli Studi del Piemonte Orientale), el 14 de marzo de 2016. En aquellas ocasiones me beneficié de los comentarios y de las críticas de Pierluigi Chiassoni, Riccardo Guastini, Cristina Redondo, Pierre Brunet, Jérémy Mercier, Éric Millard, Michelangelo Bovero, Valentina Pazé, Susanna Pozzolo y Alessio Sardo. Asimismo, leyeron y comentaron versiones previas de este artículo, Mauro Barberis, Bruno Celano, José Juan Moreso y Giovanni Battista Ratti. Estoy en deuda con todos ellos por sus oportunas observaciones.

1. *Planteamiento general*

El debate entre *conflictivistas* y *anti-conflictivistas* se refiere a la discusión entre aquellos que sostienen que se dan “verdaderos” conflictos entre derechos fundamentales y aquellos que lo niegan. En lo principal, pretendo demostrar dos tesis: (i) el “problema del conflictivismo”, el debate entre conflictivistas y anti-conflictivistas, no corresponde en absoluto a una discusión unívoca entre dos tesis unidimensionales; al contrario, se refiere a una serie heterogénea y multidimensional de debates diversos; y, (ii) la contraposición entre las posiciones conflictivistas y anti-conflictivistas, no siendo unívoca y unidimensional (siendo heterogénea y multidimensional), no corresponde, tampoco, a una serie de posiciones necesariamente consistentes o coherentes entre ellas.

2. *Derechos y conflictos: un catálogo de las diversas posiciones*

Propongo un elenco de debates —aquellos más relevantes— que involucran diversas posiciones respecto al problema de los conflictos (o su ausencia) entre derechos fundamentales. Tales debates son los siguientes:

- (1) la problemática sobre los límites de los derechos desde dos teorías enfrentadas: la teoría de los límites externos (asociada generalmente al conflictivismo), y la de los límites internos de los derechos fundamentales (asociada al anti-conflictivismo);
- (2) el debate relativo a la teoría del contenido esencial de los derechos, imponiéndose tres posturas: la teoría absoluta del contenido esencial, la teoría relativa del contenido esencial y la teoría de la no-restricción (o de la inalterabilidad) de los derechos fundamentales (las dos primeras conflictivistas, la última anti-conflictivista);
- (3) el debate entre la teoría especificacionista, en virtud de la cual los derechos no colisionan siempre que sean suficientemente especificados, y la teoría infraccionista, que sostiene que en ciertos casos la “infracción” de un derecho no implica su “violación” (la primera anti-conflictivista, la segunda conflictivista);
- (4) la discusión entre la teoría del pluralismo de los valores y el monismo ético (la última anti-conflictivista, la primera conflictivista);
- (5) la discusión entre la teoría coherentista y aquella no-coherentista (anti-conflictivista y conflictivista, respectivamente); y,
- (6) el debate sobre las diversas teorías del peso y de la jerarquía de los derechos (conflictivistas según asuman un peso o jerarquía desigual, anti-conflictivistas según asuman un peso o jerarquía igual)¹.

¹ Huelga decir que la clasificación entre conflictivistas y anti-conflictivistas es, en este elenco de debates, meramente enunciativa. Como se verá más adelante, en muchos de estos casos no está claro si las tesis que los diferentes teóricos defienden llegan a amparar sus propias pretensiones acerca de la existencia o la ausencia de conflictos entre los diferentes derechos (fundamentales). De hecho, a veces una misma visión puede llegar a cobijar a las dos posiciones, a condición, nada más, de que se modifique el ángulo desde el que se mira. Quisiera evidenciar que es ésta la razón por la que no he empezado este trabajo proporcionando dos definiciones expresas de “derecho(s)” y “conflicto(s)”, para poner a prueba cada teoría. Vale la pena aclarar que si el problema se presenta como simplemente definitorio, o sea como la simple estipulación de lo que debe entenderse por “derechos” y por “conflictos”, se puede arribar, según la vía que se escoja, a una respuesta que suponga, respectivamente, la existencia de conflictos entre derechos o su ausencia. WALDRON (1989) lo pone de manifiesto cuando compara las diferencias que resultan si uno sigue la visión de NOZICK (vid., 1974, 26-33), en donde los derechos son representados simplemente como obligaciones de abstención (*side constraints*), o la visión de RAZ (vid., 1986, 165-192), o sea la posición defendida por la *Interest Theory* (vid., también, MARMOR 1997). En el primer caso, los conflictos entre derechos estarían prácticamente excluidos. En el segundo, los conflictos son más o menos inevitables. La variedad de usos (no siempre explícita) de los dos conceptos, puede llevar —como ha llevado entre los conflictivistas y sus contrarios— a disputas bizantinas, a veces meramente verbales.

3. Teorías de los límites de los derechos

Hay dos teorías generalmente aceptadas sobre los límites de los derechos: la de los límites externos y la de los límites internos. El problema al que estas teorías apuntan a resolver se circunscribe a la naturaleza y a la forma de los límites de los derechos, así como a la manera de su (de)limitación. Para la primera teoría los derechos se encuentran en conflicto, para la segunda no.

3.1. Teoría de los límites externos

Se habla de teoría de los límites *externos* en referencia a la visión que sostiene que los límites de los derechos son definidos “desde fuera”, en dos momentos diferentes, referentes a dos objetos jurídicos diversos: un primer momento en que aparecen ciertos derechos *prima facie* –por ende, todavía no limitados– y un segundo momento en que los derechos son ya delimitados o se encuentran definidos². Esta es, a fin de cuentas, una teoría de la legitimidad de las *restricciones* de los derechos fundamentales. No es que en esta posición exista una relación necesaria entre el concepto de derecho y el de restricción –bien lo explica Alexy–, sino que la relación “es creada”³; esto es, artificial y funcional a la concepción propia de la teoría de los límites externos. Pensada de ese modo, esta postura puede compararse –como algunas veces ya se ha hecho⁴– con la idea de W.D. Ross sobre los “deberes *prima facie*”. Este concepto, que pretendía retar a la concepción kantiana (*obligationes non colliduntur*)⁵ conforme a la cual los deberes no se presentan contemporáneamente, y por ello no colisionan (que influyó incluso en Kelsen hasta 1960), aparece por primera vez en *The Right and The Good* (1930)⁶. En el caso específico de la teoría en examen, la idea de derechos *prima facie*, nacidos de una primera limitación, sería una versión invertida pero correspondiente –si uno quiere, bajo una hipótesis de correlatividad– a la de los deberes *prima facie*.

3.2. Teoría de los límites internos

La teoría de los límites *internos* sostiene que por su misma función, fines y naturaleza, los derechos tienen fronteras “inmanentes”⁷, de modo que lo que queda fuera de éstas está también fuera del derecho “correctamente” concebido. En ese sentido, los límites se delinean internamente y se entiende que son previos, inherentes y consustanciales a los derechos (una hipótesis iusnaturalista). Así, resulta que hablar de restricciones es, sin más, incorrecto. Si los derechos son vistos desde la teoría de los límites externos hay “restricciones legítimas”, si son vistos desde la teoría de los límites internos hay (generalmente *a priori*) “delimitaciones internas”⁸. Cabe hacer una salvedad: no es necesario que una teoría de los límites internos abrace el ideal iusnaturalista. Bastaría con abrazar, por ejemplo, un ideal garantista *à la* Ferrajoli⁹, o asumir una posición exegética del ideal

² Vid., BOROWSKI 2003, 66-68; BERNAL PULIDO 2003, 226 ss.

³ ALEXY 1993, 269.

⁴ Vid., v.gr., BONGIOVANNI 2006; GORRA 2014.

⁵ Vid., KANT 1785; 1797.

⁶ Vid., sobre el punto en específico, ROSS 1930 (2002), 19 s.

⁷ BOROWSKI 2003, 68.

⁸ SERNA, TOLLER 2000, 70 s.

⁹ Para un sumario de los argumentos ferrajolianos al respecto, vid., PINO, 2009, 653-656. De FERRAJOLI, vid., 2000; 2011; 2013. Para las críticas a su posición, vid., PINTORE 2001; COMANDUCCI 2004; PINO 2009; BARBERIS 2011a; ORUNESU 2014; RUIZ MANERO 2014.

constitucionalista o del ideal democrático. (En algunos de estos casos, la teoría de los límites internos se vería, sin embargo, atenuada)¹⁰.

4. *Teorías del contenido esencial*

La idea básica de las teorías sobre el *contenido esencial* de los derechos es dividir lo “disponible” de lo “indisponible”. Lo “indisponible”, que coincide con el contenido esencial de los derechos, y lo “disponible”, que es lo que queda fuera de tal contenido. Tres teorías se refieren al (así llamado) *contenido esencial* de los derechos fundamentales: una sostiene que el contenido esencial es inmóvil y absoluto, otra sostiene que es móvil y relativo, y una tercera dice que tal contenido esencial coincide con el contenido mismo de los derechos.

4.1. *Teoría absoluta del contenido esencial*

La teoría *absoluta* del contenido esencial sostiene, sustancialmente, que en cada derecho se presenta un *núcleo duro* (“contenido nuclear”) en el cual se pueden verificar las notas esenciales de ese derecho: aquello que lo distingue de modo particular respecto de otros derechos, sus rasgos y contenidos estrictamente necesarios. Este núcleo duro sería indisponible, mientras que lo que queda fuera podría ser parte, legítimamente, de las regulaciones del legislador y de las decisiones de los jueces. En esta teoría, el contenido esencial es inmóvil y permanente, por lo que «se excluye de la ponderación un núcleo imponderable de los derechos fundamentales»¹¹. Según este modo de ver el problema, si es dable ponderar, esto sólo puede ocurrir (legítimamente) fuera del “núcleo” del derecho: «cada derecho fundamental tiene un sector afectable por el legislador y otro inmune a su actuación»¹².

4.2. *Teoría relativa del contenido esencial*

En la teoría *relativa* del contenido esencial dicho contenido no es inmóvil, sino *móvil*. Por contenido esencial, en esta visión, se quiere decir contenido pasado por el examen de proporcionalidad y, en ese sentido, ponderado en relación con otros derechos y bienes públicos. En otras palabras, mientras una injerencia es proporcionada (ponderada) no hay afectación al contenido esencial. Se puede decir, así, que esta es una posición caracterizada por la tesis siguiente: «la esencia de los derechos fundamentales es su relatividad. Los derechos son ponderables y deben ser ponderados»¹³. Se advierte rápidamente la diferencia entre la teoría absoluta del contenido esencial y aquella relativa: en este último caso, la ponderación bien puede aplicarse a un hipotético “núcleo duro”.

4.3. *Teoría de inalterabilidad del contenido de los derechos*

Para la teoría de *no restricción* o de *inalterabilidad* del contenido de los derechos, sólo se puede hablar de “contenido del derecho”, con prescindencia de supuestos núcleos duros o periferias disponibles. Tal “contenido” estaría fijado por criterios de justicia que se corresponderían con el “ámbito de ejercicio razonable” de cada uno de los derechos fundamentales: una vez que tal contenido es hallado (comprendido, descubierto), el derecho ha de ser considerado

¹⁰ Cfr., BERNAL PULIDO 2015.

¹¹ MICHAEL 2009, 180.

¹² CIANCIARDO 2007, 261-263.

¹³ MICHAEL 2009, 177.

“inexcepcionable”¹⁴. Esta teoría pretende equiparar “razonabilidad” a “contenido del derecho” y estipular, por ello, una especie de “principio de razonabilidad del contenido de los derechos”. La razonabilidad sería –conforme a esta visión– el criterio máximo e infranqueable de validez de las normas sobre derechos: o bien los derechos corresponden a algunos principios supra-positivos (vida, libertad, dignidad, etc.), cuya razonabilidad es intrínseca, o bien corresponden a normas positivas cuya razonabilidad (extrínseca) está sujeta al examen de concordancia con los principios supra-positivos¹⁵. Esta posición se confunde con aquella de los límites internos en cuanto parte de la existencia de fronteras de uno u otro modo “inmanentes” (o “inalterables”); es decir, de la idea según la cual fuera de aquéllas «ni hay ni nunca hubo derecho»¹⁶.

5. Especificacionismo e infraccionismo

La contraposición entre la teoría especificacionista y la teoría infraccionista se presenta a partir de dos contrastes: (i) la distinción entre violaciones e infracciones de derechos, y, (ii) la distinción entre derechos absolutos y derechos *pro-tanto*¹⁷.

5.1. Teoría especificacionista

La teoría *especificacionista* asume que se puede dar mejor cuenta de los derechos, y de su contenido, siempre que éstos sean especificados de modo suficientemente concreto. Una vez definidos (concretizados, especificados) *adecuadamente*, los derechos no pueden ser “justificadamente infringidos”. Al asumir esta posición –sostiene Webber– los derechos son «o cumplidos o violados: no hay un punto intermedio»¹⁸. En este modo de ver el problema, los conflictos entre derechos son solamente aparentes, no reales. Una vez concretizados, los derechos no se superponen, lo que supone *ex definitione* la ausencia de conflicto. Al respecto, dice C. H. Wellman que

«la razón por la que no se dan verdaderos conflictos donde los derechos en general parecen superponerse es porque estos derechos suponen, en realidad, cláusulas “a menos que” implícitas, que especifican excepciones [...]. “El derecho a la vida”, por ejemplo, no se refiere a un derecho absoluto y sin excepciones, ni a un derecho no absoluto sin excepciones, sino a un derecho que se tiene absolutamente sólo en los casos en que ninguna de sus cláusulas de excepción sean operativas. Por ejemplo, el especificacionismo estipula que mi derecho a la vida implica un derecho absoluto a no ser asesinado, a menos que yo esté amenazando la vida de alguien más, o a menos que yo cometa una ofensa capital, o a menos que... etc.»¹⁹.

También Steiner y Shafer-Landau son, en el ámbito anglosajón, otros dos famosos ejemplos de defensores del especificacionismo²⁰. A Steiner se lo puede considerar así por su *An Essay on Rights*

¹⁴ SERNA, TOLLER 2000, 47. En el mismo sentido, SAPAG 2008.

¹⁵ Vid., MALDONADO MUÑOZ 2013, 145.

¹⁶ Vid., CIANCIARDO, 2007, 235.

¹⁷ Vid., THOMSON 1976; 1977; 1990; OBERDIEK 2004; BOTTERELL 2008; SINNOTT-ARMSTRONG 1996.

¹⁸ WEBBER 2009, 124.

¹⁹ WELLMAN 1995, 277. La traducción es mía. Un dato relevante, que por razones de espacio no podrá ser tratado en esta sede, es que Wellman considera que del concepto de derecho de Hohfeld se puede extraer una particular teoría especificacionista. Vid., HOHFELD 1919.

²⁰ Vid., también, FINNIS 1980; y, RICHARDSON 1990.

(1994), con el precedente de *The Structure of a Set of Compossible Rights* (1977), en donde se presenta la idea –destinada a hacerse famosa entre los debatientes sobre el problema de los conflictos– según la cual los derechos son siempre “composibles” o “componibles” (*compossible*)²¹. Shafer-Landau, por su parte, ha defendido una visión especificacionista en su artículo *Specifying absolute rights* (1995), cuya aportación más importante es, según creo, la instalación en el debate de los conceptos de rigor (*stringency*) y de alcance (*scope*) de los derechos²². Por otra parte, en el ámbito latino, un ejemplo –quizás sofisticado– de especificacionismo, se puede encontrar en la teoría de Moreso sobre los conflictos entre principios constitucionales²³. Su postura es especificacionista en la medida en que busca obtener, para los casos de “conflicto”, las “propiedades relevantes” de los principios idealmente reformulados cuando se presentan en los casos particulares, de modo de obtener un caso en donde no aparecen ulteriores conflictos. La propuesta de Moreso parte, en lo importante, de dos vertientes: Hare y la distinción entre el nivel intuitivo y el nivel crítico de la moralidad²⁴, y Alchourrón y la distinción entre *Master Book* y *Master System*²⁵.

5.2. Teoría infraccionista

En oposición a la teoría especificacionista, se presenta la teoría *infraccionista*, que sostiene que en determinados casos se puede decir que un derecho cede en virtud de otro, siendo *infringido* pero no *violado*. La distinción entre “derechos infringidos” y “derechos violados”, planteada inicialmente –hasta donde sé– por Thomson²⁶, dice sustancialmente lo siguiente: bajo determinadas circunstancias de *justificación moral* un derecho (que se tiene de modo indiscutible) puede no acatarse, no seguirse, sin que tal cosa implique una violación del mismo. A este fenómeno, Thomson lo llama “infracción de un derecho”. Thomson usa un caso imaginario con el que pretende defender esta tesis. En el ejemplo, un niño morirá muy pronto si no toma cierta medicina cuya única existencia se encuentra en poder de una persona que la guarda bajo llave en una caja ubicada en el porche trasero de su casa. El dueño de la medicina en cuestión se encuentra de viaje y no se sabe cuándo volverá. Dado que el tiempo es apremiante, no se puede esperar a que regrese para pedir su consentimiento y usar la medicina. Si se rompe la caja con el objetivo de obtener la medicina –piensa Thomson– se infringen algunos derechos, pero no se viola ninguno. En los casos de infracción, dice ella, se está *moralmente justificado* al hacer algo. Además de que, cometida la “infracción”, generalmente se debe una compensación²⁷ a la otra persona por los daños causados (en el caso de la caja destruida en el porche trasero de la casa del hombre del ejemplo, se le debería, al menos, una nueva caja): de allí que sea relevante, según esta teoría, no considerar a los derechos como absolutos, o toda intromisión como una violación. Conforme a esta visión, la teoría especificacionista no sería capaz de dar cuenta del fenómeno de la compensación, como tampoco del contenido de los derechos, pues estaría constreñida a describirlos sólo *a posteriori*²⁸.

²¹ STEINER 1994, 86-101. Vid., también, STEINER 1995.

²² SHAFER-LANDAU 1995, 225.

²³ Vid., MORESO 2002; 2009; 2010; 2012.

²⁴ HARE 1981.

²⁵ ALCHOURRÓN 2000.

²⁶ THOMSON 1976; 1977.

²⁷ Cfr. BENDITT 1982, 34-64.

²⁸ Vid., THOMSON 1976; 1977; FEINBERG 1978; BOTTERELL 2008; FINKELSTEIN 2001a; 2001b; KAMM 2001.

6. Monismo y pluralismo ético

En líneas generales se puede decir –como hace Barberis– que la existencia de conflictos entre derechos fundamentales es una tesis contestada por el *monismo ético* (*value monism*) y defendida por el *pluralismo ético* (*value pluralism*)²⁹.

6.1. Monismo ético

El monismo es una teoría en ética que defiende la unidad de los valores últimos en un más general y abarcador valor. Esta tesis es común a varias posiciones diversas: aristotelismo (eudemonía), tomismo (bien común), kantismo –aunque no sin alguna oposición sobre la pertinencia de la etiqueta– (libertad), utilitarismo (utilidad); además, para hablar de los contemporáneos, de la teoría de Dworkin, sobre todo en *Justice for Hedgehogs* (2011), e incluso –no sin ciertas dudas respecto a la oportunidad de esta inclusión– de la teoría de Ferrajoli³⁰. La unidad de los valores últimos implica, tendencialmente, la ausencia de conflictos entre derechos (o así se presenta en la posición estándar). La cuestión importante, para los efectos de esta investigación, si uno se compromete con una visión monista, parece ser que ante la apariencia de derechos contradictorios (o, en su caso, de deberes) el sometimiento al valor mayor diluye tal conflicto situando a los “genuinos” derechos (o deberes) en posición no conflictiva. Basta pasar el conflicto por la matriz de la utilidad, del bien común, de la dignidad, de la auto-conservación o del valor que se tenga como más abarcador, general o último, para que la supuesta colisión se revele insustancial. De la tesis monista, así pensada, se supone que se sigue la supuesta ausencia de conflictos entre derechos fundamentales, aunque sólo sea por la vía de la estipulación de tal o cual valor último. Fuera de estas consideraciones, sin embargo, no se advierte que el monismo pueda brindar una buena explicación o buenos elementos para la reconstrucción del fenómeno jurídico en el marco de los así llamados “conflictos entre derechos” (e incluso, como se verá más adelante, que excluya del todo las posibilidades de conflicto). Ello no implica desconocer, en todo caso, que el supuesto valor último a adoptar (cualquiera que sea, según las diversas concepciones), pueda llegar a considerarse como un ideal regulativo dependiendo de la posición (meta)ética de los intérpretes en los casos “iusfundamentales”. Pero si esto es así, el monismo ético no es tanto una posición sobre la existencia o inexistencia de conflictos entre derechos fundamentales, sino un posible criterio para su resolución.

6.2. Pluralismo ético

Un enfoque pluralista³¹, en ética, defiende la existencia de conflictos por la presencia de varios y heterogéneos valores morales en contraste entre ellos; lo cual se puede extrapolar –según este modo de ver– a la realidad constitucional contemporánea: «la multiplicidad y la heterogeneidad de los varios derechos fundamentales» –dice Pino– y su frecuente contradicción, serían características constitutivas de las sociedades democráticas modernas³². Si se acepta la presencia del pluralismo (ético, social, político³³)

²⁹ BARBERIS 2006, 36 ss.

³⁰ BARBERIS 2011a, 93.

³¹ Según la tradición, el enfoque pluralista de los valores (*value pluralism*) se debe, inicialmente, a BERLIN 1969. Vid., también, LILLA et al. 2001.

³² PINO 2009, 649 s.

³³ Vale anotar que estas son categorías que se pueden estudiar separadamente y que, según la visión estándar, no son reducibles la una a la otra. Aun así, entre ellas se produce una relación de “familia”, de la que en todo caso no me ocuparé, pues rebasa los intereses y el alcance de este trabajo.

como rasgo saliente de las sociedades actuales, se arriba –siempre según los pluralistas– al conflicto entre los derechos fundamentales. Ahora bien, el *hecho del pluralismo* (para usar los términos de Rawls), quizá innegable en la configuración de los Estados contemporáneos, se puede descomponer o recomponer según sea necesario para el análisis del concepto. Así, si el análisis parte del individuo³⁴ es posible pensar en el pluralismo de los valores como generador de dilemas morales individuales o de conflictos prácticos (*practical conflicts*). Si el análisis se centra en la interacción entre diversos individuos, la existencia de conflictos prácticos parecería todavía más evidente: dada la colisión entre metas, deseos e intereses distintos defendidos por personas con concepciones morales diferentes, las interacciones que se dan entre ellos habitualmente asumen formas conflictivas. (Los agentes aceptan diferentes «obligaciones normativas o morales», cada una de las cuales constituyen –en determinados casos– razones para la acción y, en esa medida, *action-guiding claims*³⁵). Si el análisis parte, en cambio, de los diversos grupos en contraste existentes en la sociedad, se arriba, en definitiva, a la misma conclusión. Esta característica ha sido provocada –como bien lo señala Bobbio– por la relación de la democracia moderna con la doctrina del Estado liberal. La *fecundidad del antagonismo* –y, entonces, del encuentro y contraste entre diferentes tipos de visiones sobre el mundo, sobre los valores, sobre los diversos planes de vida– es, sin duda, una parte esencial de la doctrina liberal, no así de las visiones organicistas³⁶. Cabe preguntarse, sin embargo, si todo esto implica *necesariamente* –y si es así, en qué sentido– el conflicto entre derechos fundamentales en el ámbito de los sistemas jurídicos (cuestión que dejo para más adelante).

7. Coherentismo y no-coherentismo

El “problema del conflictivismo” también se puede ilustrar mediante la contraposición de dos teorías opuestas: el coherentismo y el no-coherentismo entre derechos fundamentales.

7.1. Coherentismo

Se puede llamar *coherentismo* a la posición que defiende la tesis según la cual los derechos forman un sistema armónico y consistente, lógica o prácticamente. Coherencia lógica (formal) quiere decir «la ausencia de soluciones normativas contradictorias para el mismo tipo de caso»; mientras que coherencia práctica (material) quiere decir que un «sistema normativo no requiere pares de conductas que no sean conjuntamente *composibles*»³⁷. A este modelo, Celano lo llama *irenismo*³⁸. En esta posición el intérprete está llamado a realizar una labor de *descubrimiento* (de tipo declarativo) de un orden pre-constituido³⁹, o bien, de un orden “correctamente” constituido con base en ciertos criterios jurídicos, racionales y/o morales (según los casos). Para los defensores de este modo de ver las cosas, los derechos, los principios y los valores, a pesar de las apariencias, conforman un conjunto de elementos «internamente coherente [y armonioso]»⁴⁰. Si en una aproximación de este tipo la labor es de comprensión y de descubrimiento, cabe preguntarse lo siguiente: «¿[p]odríamos encontrar, cuando entendamos suficientemente bien el contenido de todos los derechos humanos, que no existen conflictos entre ellos?»⁴¹. Por lo demás

³⁴ Vid., RAZ 2004.

³⁵ Vid., BAUMANN, BETZLER 2004.

³⁶ BOBBIO 1986, 28 s.

³⁷ BIX, SPECTOR 2012, xvii.

³⁸ CELANO 2002b, 270-279; LUQUE SÁNCHEZ 2013.

³⁹ PINO 2010, 144.

⁴⁰ CELANO 2002b, 269.

⁴¹ GRIFFIN 2008, 58 s.

ingenua, esta pregunta expresa bien lo que el coherentismo aspira a lograr: “entender” (comprender, descubrir) el contenido de los derechos. La apariencia del conflicto, que no su evidente ausencia, a vista de la presencia de un sistema formalmente o prácticamente articulado, es transversal a toda posición coherentista. Sin embargo, hay quienes van bastante más lejos en el supuesto fundamento de esta tesis, en cuanto defienden la idea de un sistema estructural coherente y armónico, fundado no solamente (ni primordialmente) en las constituciones contemporáneas, sino en la misma naturaleza del derecho⁴². En esta última posición se sostiene que los derechos –a diferencia de los intereses y las pretensiones– son naturalmente armónicos. Esto ha llevado a Toller y a Serna –en conjunto y por separado– a atacar al conflictivismo por inconveniente y por errado. “Inconveniente” porque puede conducir a arbitrariedades o a la violación de derechos. “Errado” porque entre los derechos no existirían conflictos posibles a la luz del principio de no contradicción⁴³. Sobre esto último, Toller sostiene⁴⁴ que aceptar el conflictivismo implicaría *abolir* el principio lógico (y, añade también, ontológico) de no contradicción⁴⁵, porque tal cosa supondría que un sujeto «tendría y no tendría a la vez un derecho a algo»⁴⁶. Una posición más conservadora que la anterior (que defiende solamente la coherencia práctica –no la coherencia lógica– de los derechos), se puede hallar en la bien conocida propuesta de Hesse acerca del así llamado *principio de concordancia práctica*⁴⁷.

7.2. No-coherentismo

Para los *no-coherentistas* los derechos adolecen de innegables problemas de incompatibilidad y desarmonía: los diferentes derechos fundamentales recaen en diversos campos, dando como resultado un sistema vago, indeterminado y antinómico. De allí que se siga –según la posición no-coherentista– que los derechos se encuentran en conflicto irremediable entre ellos. No sólo se da que el sistema jurídico brinda soluciones incompatibles entre los diferentes derechos, sino que la incompatibilidad les es propia y consustancial. Ya desde que se presentan principios como el de libertad y el de igualdad, libertad personal y seguridad, privacidad y libertad de prensa, etc., todos en contraste, se dan conflictos insalvables (a veces con resultados “trágicos”). Un sistema armónico –aunque podría ser deseable– no parece posible. Una de las defensas más articuladas del no-coherentismo es, según creo, la de Celano⁴⁸. Sus argumentos tienen dos adversarios: el coherentismo, por un lado, y el minimalismo, por otro. No distinguiré entre ambos blancos a los que él apunta, puesto que el punto polémico es, sustancialmente, el mismo: la imposibilidad de un sistema de derechos fundamentales que no adolezca de incompatibilidades entre sí, sea este minimalista o no. Para Celano, el ideal mismo de la coherencia está mal formado; en general porque la misma disciplina de los derechos fundamentales no puede sino presentar a los derechos en racimos o conglomerados (*grappoli*). Incluso si se acude a la especificación de los derechos, es posible –piensa siempre él– que las diversas “especificaciones” se encuentren “razonablemente” en conflicto entre sí. Esto puede ocurrir lo mismo *intra-rights*, que *inter-rights*. Los derechos que no tengan limitaciones son, por otro lado, a menudo inconcebibles: la indeterminación de los mismos se reconduce, conforme al principio (a la vez liberal, garantista y democrático) de reserva de ley, a los casos de conflicto, aun cuando tal principio tenga por objetivo sustraer las regulaciones del ejecutivo en favor del parlamento. Esta “reserva de ley” es,

⁴² Vid., TOLLER 2005.

⁴³ SERNA, TOLLER 2000, 29-32.

⁴⁴ TOLLER 2013.

⁴⁵ TOLLER 2013, 535 s.

⁴⁶ TOLLER 2013, 531.

⁴⁷ Vid., HESSE 2011. Parcialmente en el mismo sentido, ZAGREBELSKY 1992.

⁴⁸ Vid., CELANO 2002b; 2004; 2005 (recogidos en la edición española, CELANO 2009).

además, una respuesta razonable a la necesidad de limitación de los derechos fundamentales. Pero de esto surge, también, el problema ulterior de la protección de los derechos frente al legislador. Por otra parte –sostiene Celano– frecuentemente resultan inconcebibles los «derechos sin cláusulas abiertas» (del tipo “por motivos de seguridad”). En estos casos, las leyes que reglamentan el ejercicio de los derechos pueden ser sometidas a escrutinio en dos sentidos diversos: de acuerdo a las condiciones de su limitación legítima y de acuerdo a la conformidad con las cláusulas abiertas, lo que abre la posibilidad para nuevos «conflictos, indeterminación, cruces, interferencias y superposiciones»⁴⁹. Incluso el conjunto más restringido de derechos fundamentales estaría sujeto, en estos términos, a conflictividad e indeterminación. La hipótesis coherentista, así como la minimalista, no parecerían ofrecer una respuesta a estos problemas.

8. Teorías de la jerarquía y del peso

Se pueden identificar al menos tres diversas posiciones con relación a la jerarquía y el peso de los derechos. La primera que defiende el mayor peso abstracto de unos derechos sobre otros (o su jerarquía fija), la segunda que defiende el mayor peso concreto de unos derechos sobre otros (o su jerarquía móvil) y la tercera que defiende una jerarquía igual (y un peso igual) entre todos los derechos.

8.1. Mayor peso abstracto y jerarquía fija

Esta posición asume que existen determinados derechos “superiores” que, por lo tanto, tienen prelación en relación con otros derechos “inferiores” (con base en este criterio se supone que se deberían resolver los casos dando preferencia a los unos sobre los otros). Tal cosa puede darse porque: (i) se considera que son más importantes para el mantenimiento del sistema democrático, como en la doctrina de las libertades preferidas (*preferred freedoms*)⁵⁰; (ii) se asume que unos derechos son condición necesaria para la realización de otros (y por tanto les preceden). Según esto, algunos derechos tienen mayor *peso abstracto* que otros: se afirma *verbi gratia* que vida y libertad están por encima de los demás, puesto que su ausencia implicaría inmediatamente la ausencia de todos o casi todos los demás derechos. Piénsese, por ejemplo, que sería estéril reconocer el derecho a la salud o a la educación de una persona sin que se reconozca, sino explícita, al menos implícitamente, su derecho a la vida; o, (iii) se asume que los derechos, al ser expresión de ciertos valores, deben ordenarse conforme esos valores se ordenarían: dado que –o al menos así lo asume Ekmekdjian⁵¹– toda teoría de los valores supondría que ellos deberían estar jerarquizados.

8.2. Mayor peso concreto y jerarquía móvil

Una segunda posición sostiene que si bien pueden existir jerarquías entre los derechos, éstas no son fijas, sino *móviles*⁵². Guastini sostiene que tales jerarquías no son de tipo lógico, sino axiológico; es decir, que dependen de las valoraciones de los intérpretes. De este modo de ver el problema, resulta que las jerarquías (en plural) dependen de los contextos y de la forma en que los derechos se presentan

⁴⁹ CELANO 2002b, 200-202.

⁵⁰ Vid., GILLMAN 1994.

⁵¹ EKMEKDJIAN 1985, 945.

⁵² GUASTINI 2011, 124-126; 2015, 9.

(o son presentados por los intérpretes) en los casos concretos. Esta posición se encuentra en palpable contradicción con aquella que defiende la jerarquía fija de los derechos: lo que importa en un sistema de jerarquías móviles es la existencia de un mayor *peso concreto* de unos derechos sobre otros en los casos particulares⁵³. Otro ejemplo paradigmático de esta posición se encuentra en Alexy y su ya famosa “fórmula del peso”⁵⁴. En esta fórmula, la cuestión relevante –dice Alexy– «es que el peso concreto de un principio es un peso relativo»⁵⁵, o, lo que es lo mismo, que dependerá del caso si su peso es mayor o menor. (Aun así, la fórmula de Alexy vincula peso concreto a peso abstracto). Esta posición, que pretende reconstruir –para usar los términos de Moreso– «la aritmética de la ponderación», atribuye valores numéricos a los diferentes principios según el grado de intervención que se dé sobre un derecho (“grave”, “media”, “moderada”). A más intervención en un derecho, más protección se debe dar al otro.

8.3. Igual jerarquía e igual peso

Una tercera posición sostiene que entre los derechos no existen jerarquías fijas ni móviles. Todos los derechos son de la misma jerarquía y todos tienen el mismo peso. (A modo de ejemplo, véase la Constitución ecuatoriana (2008) que en su artículo 11, núm. 6, se acoge a esta doctrina). Según este modo de ver el problema, «[h]ay que interpretar la Constitución de tal manera que no se produzca el “sacrificio” de una norma o valor constitucional en aras de otra norma o valor»⁵⁶. Ponderar derechos quiere decir, en esta visión, buscar su equilibrio, “ponerlos de acuerdo” (lo que contrasta con la visión expresada, por ejemplo, por Guastini⁵⁷). A la tesis de la igual jerarquía (y el igual peso) de los derechos subyace la idea de que la constitución se puede y se debe interpretar *sistemáticamente*, puesto que la constitución es un *todo orgánico*; de allí que se debería entrever que todas las disposiciones de una norma constitucional corresponden a un mismo peso y a una misma jerarquía (tal cosa sería –según esta posición– tanto más válida cuando de los derechos fundamentales se habla)⁵⁸.

9. Coincidencias, compatibilidades e incompatibilidades

En líneas generales, entre las diferentes posiciones se pueden establecer algunas compatibilidades y convergencias; incluso dentro de algunos debates que presentan teorías supuestamente contrapuestas.

9.1. Compatibilidades e incompatibilidades entre las diferentes posturas

Hay, además de la motivación metodológica, otra razón para separar los diferentes debates tal como lo he hecho en los apartados anteriores: me refiero a una motivación analítica sobre la consistencia de las diversas posiciones dentro de las “familias” a la que pertenecen (entendiendo que las teorías conflictivistas constituyan una “familia” y las anti-conflictivistas otra). Parto de la siguiente idea: si la posición conflictivista o su contraria fuesen del todo consistentes internamente, uno estaría tentado de afirmar, en términos generales, que: (i) la teoría de los límites externos de los derechos es compatible

⁵³ BIN 2000, 23.

⁵⁴ ALEXY 2008.

⁵⁵ ALEXY 2003, 444.

⁵⁶ PEREZ ROYO 2007, 128.

⁵⁷ Vid., GUASTINI 2010, 89.

⁵⁸ Vid., OYARTE 2006, 23; 2014.

y consistente con la teoría del contenido esencial (sea en su versión absoluta, sea en su versión relativa), a la vez que es compatible con el infraccionismo, con el pluralismo ético, con el no-coherentismo y con las teorías de la jerarquía y del peso (en abstracto o en concreto); y, (ii) la teoría de los límites internos es compatible y consistente con la teoría de la inalterabilidad del contenido, con el especificacionismo, con el monismo ético, con el coherentismo y con la posición que asume que entre los derechos no hay jerarquías ni pesos diferentes, que tienen una jerarquía y un peso iguales. Si se toma en cuenta a ésta como la “hipótesis de la consistencia” interna de las diferentes “familias” de teorías, tal hipótesis debe ser rechazada. En efecto, se puede (consistentemente) sostener algunas tesis que en el debate se presentan como antitéticas –en tanto sirven para abrazar la visión conflictivista o la anti-conflictivista– pero que, en realidad, son “componibles” en modos diversos. Las compatibilidades propuestas en (i) y (ii) serían, entonces, engañosas, si bien en ciertos casos se podrían sostener conjuntamente, tal no es una realidad establecida e incontestable. No hay, entre las diversas “familias” de teorías, una transversalidad que permita una toma de posición sobre una supuesta consistencia. Es más, cualquier reduccionismo que busque capturar todos los debates a través de la simple discusión de la tesis central del conflicto entre derechos o su ausencia, debe ser rechazada. (Espero que en este acápite y en los posteriores la cuestión pueda aclararse y mi punto demostrarse).

En lo que respecta al caso específico de las compatibilidades entre las diferentes teorías, piénsese –para comenzar el análisis– que los defensores de la teoría de los límites internos no niegan que en el proceso de delimitación de los derechos puedan actuar las autoridades legítimas (por ende, no niegan esta obviedad de la que parte la teoría de los límites externos), sólo afirman que es posible que esas autoridades “acierten” en un determinado contenido que ya viene preformado (o “correctamente” formado). En ese sentido, un partidario de la teoría de los límites internos podría ser infraccionista o especificacionista más o menos indistintamente, siempre que asuma que los límites internos están dados bien por las cláusulas exceptivas, bien por las condiciones de infracción. Ciertamente, esta segunda opción parecería ser inconsistente con el infraccionismo como aquí ha sido descrito, pero incluso en ese caso un partidario de la teoría de los límites internos no tendría por qué verse constreñido a ser especificacionista, en la medida en que un especificacionista no diría necesariamente que los derechos ya vienen predeterminados o con fronteras inmanentes, menos aún que son necesariamente el resultado de un tal o cual derecho natural (lo que, en cambio, es defendido por una de las versiones de la teoría de los límites internos).

Un partidario de la teoría de los límites internos, por otro lado, no tiene por qué ser necesariamente monista en ética. Bien puede decir que existe una pluralidad armónica de valores, o incluso –nada impide la hipótesis– una pluralidad conflictiva de valores con límites internos (y, entonces, conflictiva pero prácticamente coherente): podría sostener que si bien es cierto que los valores son muchos y están en contradicción, no impiden su recomposición más o menos homogénea a través del uso de algunos instrumentos adecuados. Aunque siendo esto así, *ça va sans dire*, un pluralista no tiene por qué, necesariamente, ser partidario de la teoría de los límites internos. Por otra parte, se podría decir también –siempre por hipótesis– que tampoco un monista en ética debería ser necesariamente partidario de la teoría de los límites internos, puesto que aunque es verdad que un monista reconoce un único valor último (“armonizador”), ello no excluye determinados conflictos prácticos irresolubles moralmente a través del mismo valor. Piénsese, por ejemplo, en un monismo *à la* Hobbes –como cree Barberis que se lo puede considerar⁵⁹– en donde el valor último es la auto-conservación. Pues bien, en una hipótesis de este tipo, la auto-conservación se podría reconducir al derecho a la vida⁶⁰. Si aceptamos esta hipótesis, y planteamos un caso en que exista solamente una medicina para salvar la vida de dos personas afectadas

⁵⁹ BARBERIS 2005, 3.

⁶⁰ Cfr., BOBBIO 1965, 70.

por el mismo mal, se vuelve perentorio que decidamos fatalmente a quién dársela. Aunque se convenga en un valor supremo y último (vida, auto-conservación), no se podría decir que no hay entre estas opciones un conflicto práctico o un dilema moral. Ciertamente, no se podría decir que el valor último está en conflicto consigo mismo (esta sería una hipótesis anti-monista), pero se puede aceptar que ciertos conflictos prácticos y ciertos dilemas morales no se disuelven o resuelven por la aplicación del valor mayor. En este caso, no habría un “conflicto” entre dos principios diversos, sino (paradójicamente) dentro de un mismo principio. No sería, según la terminología más difundida, un conflicto *inter-rights*, sino *intra-rights*; es decir, un conflicto (moral, práctico, jurídico) que se produce sin necesidad de que se presenten a su vez otros principios en “competición” con aquél.

En cuanto a la tesis coherentista, en su relación con la teoría de los límites internos, hay que considerar lo siguiente: si bien un partidario de la teoría de los límites internos será tendencialmente coherentista, estas dos tesis también pueden separarse y componerse en modo diferente. Una cosa es la coherencia interna y formal (lógica), y otra es la coherencia práctica y externa (material). La coherencia formal supone abrazar la teoría de los límites internos, pero no vale lo mismo para la coherencia material: una postura “armonizadora” de la interpretación de los derechos, que los haga prácticamente “composibles” *à la* Steiner, no tiene por qué presuponer su coherencia formal. Hay partidarios de los límites internos que son coherentistas incluso en el sentido formal (como Serna & Toller), pero una teoría coherentista puede bien reducirse sólo a la coherencia práctica (como en el caso de Hesse o Zagrebelsky). De esa manera –cito a modo de ejemplo– mientras que para Toller el derecho «no se opone a sí mismo»⁶¹ y no puede, por ello, producir soluciones incompatibles para los casos “iusfundamentales” –en cuyo caso el coherentismo es un punto de partida–; para Moreso (y otros), en cambio, el sistema conflictivo se presenta sólo a nivel intuitivo, ya que reformulado en el nivel crítico aparece como coherente –en cuyo caso el coherentismo es un punto de llegada–. Coherentismo y teoría de los límites internos, aunque suelen concebirse como si correspondieran a un solo modo de pensar, pueden en todo caso separarse. Por otro lado, tampoco en la hipótesis de la coherencia formal un partidario de la teoría de los límites externos está obligado a rechazarla, al menos si acepta la teoría absoluta del contenido esencial: en tal caso podría decir que se da una coherencia formal entre los derechos dentro de los límites del “núcleo duro (esencial y absoluto)” de los derechos. Obviamente, un prosélito de los límites externos podría también ser coherentista sólo en lo material. Aunque bien podría rechazar ambas hipótesis.

Más ejemplos: se puede decir que un partidario de la teoría de los límites internos rechazará tendencialmente las teorías de la jerarquía (y el peso) en su primera y segunda versión, y que apoyará, en cambio, la tercera. Según tal asunción, como parece que se podría decir, apoyará algún tipo de procedimiento objetivo que permita concordar o armonizar los derechos. No obstante, también un partidario de la teoría de los límites externos podría apoyar la tesis según la cual todos los derechos tienen la misma jerarquía y el mismo peso (en suma, el mismo valor); y, sin embargo, sostener que es por eso mismo que se producen conflictos que provocan sacrificios: podría decir que es el propio “peso igual” lo que impide inclinar la balanza, constriñendo a quien decide a “añadir peso” a un derecho, o bien a “restárselo” a otro, de manera que se puedan resolver los conflictos. Por último, también un prosélito de la teoría de los límites externos podría rechazar la tesis del peso y jerarquía igual de los derechos, lo que implicaría –según la visión de los teóricos de los límites internos– el rechazo de un supuesto contenido “justo” de los derechos, además de la reducción de los derechos fundamentales a la *deriva de las ponderaciones*. Esto se podría sostener, salvo que se considere la apuesta por el “contenido esencial absoluto de los derechos”. En esta última hipótesis se podría sostener que el teórico de los límites externos, así como el teórico de los límites internos, se unen en la

⁶¹ Vid., TOLLER 2013.

búsqueda de un contenido “correcto” necesario, sea éste general, sea solamente esencial. A fin de cuentas, tampoco en esta parte las dos posturas son definitivamente disímiles.

10. *Críticas a las diferentes posiciones*

Voy a sostener en este apartado que todas las posiciones implicadas en el debate sobre los conflictos crean problemas de diferentes tipos y que pueden ser objeto de algunas críticas sobre su corrección o relevancia para el debate sobre “el problema del conflictivismo”.

10.1. *Teorías de los límites y teorías del contenido esencial*

Ya la noción misma de “esencia” es del todo vaga y difícil de definir, lo cual crea *a priori* algunos problemas. Me explico: la teoría absoluta del contenido esencial sostiene que es posible establecer –y que existe– un “núcleo duro” de cada derecho fundamental. Dicho “núcleo duro” es el “contenido esencial absoluto del derecho”. Pero no queda claro cuál sería la forma de identificación del contenido de dicha “esencia (absoluta)”. Se impone, entonces, preguntarse si fuera de ciertos contenidos comunes (y obvios) de los derechos fundamentales en los Estados constitucionales, esta posición es capaz de identificar sistemáticamente como parte del “contenido esencial” a algunos ámbitos que resultan más difíciles de encasillar. Si no es posible determinar este “núcleo” más allá de tales contenidos comunes, esta posición sirve para bien poco: sería, entonces, trivial. Si se piensa, en cambio, en la teoría relativa del contenido esencial, es fácil darse cuenta de que el hecho mismo de someter los posibles “contenidos esenciales” a la movilidad que resulta de las diversas ponderaciones, hace que la propia noción de “esencialidad” resulte del todo superflua. Podría decirse que, dada esta posición, el “contenido esencial” está de más, y que entonces no sirve como elemento relevante para la discusión⁶²: resultando, así, también trivial. Por último, el principio de inalterabilidad de los derechos –atado a la teoría de los límites internos– supone, al menos en una de sus versiones, la tesis de la corrección en sentido fuerte (i.e., la tesis que asume que para todos los casos hay una única respuesta correcta). Dado esto, se impone cuestionarse si tal cosa es posible; pero no sólo eso, porque incluso asumiendo que sea posible, aún cabe preguntarse: ¿cómo podremos saber que en efecto hemos atinado a esa respuesta correcta, justa y del todo razonable (al contenido objetivo del derecho)? ¿Quién podría dar fe última de que en efecto esto ha resultado así? Inclusive si se admitiera esta posibilidad, tal asunción produciría un problema ulterior: los jueces jugarían el papel de la “boca de la ley”, no importa si natural o simplemente fundamental en un Estado constitucional. La cuestión relevante es que si a los jueces se les pide “acertar” en el contenido “verdadero” de los derechos, se les pide lo mismo que la mayoría de estos autores critican de una versión por lo demás arcaica del formalismo.

10.2. *Teorías especificacionistas e infraccionistas*

Ambas posiciones (especificacionismo e infraccionismo) adolecen de algunos defectos. Para empezar, ¿es posible determinar claramente la distinción entre *infracciones* y *violaciones*? De ser así, ¿tal distinción está bien trazada? Creo que una respuesta a estas cuestiones es negativa. Si se pudieran plantear criterios claros de distinción para separar infracciones de violaciones, esta posición podría ser de ayuda, aunque no se entiende en qué sería diferente de una teoría que admita, simplemente, violaciones o restricciones legítimas e ilegítimas. (Al menos a primera vista no parece sino un

⁶² Vid., PINTORE 2010, 148 ss.

problema verbal). Los infraccionistas, en todo caso, pretenden trazar una línea con base en la hipótesis de la justificación moral. Pues bien, este criterio no aparece del todo bien delineado: las justificaciones morales para una supuesta infracción (o para una violación “justificada”, si se quiere) podrían ser muchas y de diversa naturaleza, según la perspectiva de justificación moral que se adopte. Por ejemplo: ¿debemos entender que estamos autorizados (i.e., moralmente justificados) para torturar a un posible terrorista a fin de que nos revele la ubicación precisa de una bomba, evitando así una tragedia para muchos civiles inocentes? Si lo hacemos –en la hipótesis de que estemos moralmente justificados para hacerlo–, ¿estamos infringiendo un derecho? De ser el caso, ¿le deberemos alguna compensación al terrorista? Si, en cambio, no estamos moralmente justificados para hacerlo, se entendería que, sin más, estamos violando el derecho a no ser torturado del presunto terrorista. En esa hipótesis, este sería un derecho (a no ser torturado) “sin posibilidad de infracciones”. Un derecho que “es o cumplido o violado”. Ahora bien, el problema de si se está o no se está autorizado moralmente (si se cuenta o no con una justificación moral) pasa, en buena parte, por la posición que se adopte según los casos: Moore, por ejemplo, diría que en un caso como el presentado aquí, estamos moralmente autorizados a torturar. La Torre, por otro lado, lo rechazaría⁶³. Para Moore –si uno toma en cuenta la perspectiva infraccionista– tal no sería sino una infracción. Para La Torre, en cambio, una violación. Y eso que ambos son deontologistas (aunque La Torre llame a Moore “deontologista del umbral”, por lo que lo acusa de consecuencialista). ¿Cómo trazar la línea divisoria entre infracciones y violaciones de modo que resulte relevante para el debate? Es una cuestión que permanece aún en la obscuridad y que, por otro lado, la “justificación moral” no ayuda a disipar, sino a complejizar. En todo caso, se puede pensar en una interpretación algo más caritativa del infraccionismo. Así, se puede afirmar que es cierto que nuestras *intuiciones morales* nos hacen pensar que en el caso del niño (propuesto por Thomson), así como en el de la cabina (de Feinberg), en el del pastel en la ventana o en el de la tabla de Carnéades (así como en otros similares), habría *razones de justicia* para justificar las acciones de los “infractores” de derechos. Aunque también es cierto que basta poco para complicar los planteamientos de esta posición. En efecto, bastaría añadir al ejemplo de Thomson un factor para poner en entredicho el límite de las infracciones y las violaciones de derechos: supóngase que la medicina que debe tomar el niño del ejemplo –aquella que se encuentra en la caja que es propiedad de una tercera persona– es, efectivamente, la única existente, pero que su propietario es padre de otro niño que tiene la misma enfermedad. La persona que destruya la caja para salvar la vida del primer niño –suponiendo que no supiera de la enfermedad del segundo–, ¿será aún un “infractor” de derechos o será un “violador” de aquéllos? Sus razones y su justificación habrán sido las mismas (i.e., salvar al niño de una muerte segura, pensando *de buena fe* que podría tomar la pastilla sin dañar más que la propiedad de otro), pero el resultado es del todo más complejo. Más aún, en un caso concreto, un juez podría siempre fijar los límites de las infracciones o de las violaciones “más acá o más allá”, y nada garantiza que lo que un juez identifique como infracción sea lo mismo que identifique otro. Thomson, en su ejemplo, identifica a las infracciones según un criterio valorativo que implica, en último término, que el propietario de la caja tenga un derecho de propiedad muy restringido sobre ésta y sobre su medicina. Pero esto crea un problema para el infraccionismo: así como los especificacionistas están obligados a encontrar las cláusulas exceptivas del caso, los infraccionistas deben identificar los casos de infracción, y esto deja a las dos teorías en la misma posición⁶⁴. Suena una misma sinfonía: así planteada la cuestión, el infraccionismo no es sustancialmente diferente del especificacionismo, ni parece diverso de la caracterización de Wellman sobre las excepciones “a menos que” de los derechos. En ese sentido, éstas no parecen tanto dos posiciones diferentes cuanto dos aspectos diversos de una

⁶³ Respectivamente, MOORE 1989; LA TORRE 2014.

⁶⁴ Vid., SHAFER-LANDAU 1995, 215.

misma posición. El ataque infraccionista, que dice que el especificacionismo falla al pretender identificar todos los escenarios de excepción –siendo prácticamente imposible conocerlos todos hasta poder definirlos en todos los casos– que deja al especificacionismo en la tarea de poder identificar a los derechos sólo *a posteriori*⁶⁵, no justifica o no atribuye razón al infraccionismo que, a fin de cuentas y todo considerado, termina haciendo lo mismo. Por otra parte, tal objeción es imprecisa: ni el especificacionismo espera llegar en todos los casos a una especificación última en donde no se pueda contar con otra cláusula exceptiva si cambian las condiciones, ni siempre se ve constreñido a la especificación: tal cosa se debe hacer –siempre en perspectiva especificacionista– sólo en los casos en que las cláusulas exceptivas sean aplicables (si dichas cláusulas no han de aplicarse se ha de considerar al derecho “ya suficientemente especificado”⁶⁶). En suma: es verdad que no parece posible identificar todas las excepciones “a menos que” de los derechos (todas las condiciones en que una norma debería considerarse *derrotable*, si se quiere), ni se puede trazar nítidamente una distinción entre infracciones y violaciones, así como no parece posible ubicar en los casos concretos todas las propiedades relevantes de los principios idealmente reformulados a falta de una *tesis de relevancia última*, y es ésta, justamente, la crítica de Celano a la propuesta de Moreso⁶⁷.

10.3. Sobre monismo y pluralismo de los valores

Como dije antes, el monismo ético no puede excluir, en escenarios de excepción, situaciones conflictivas prácticas. El monismo es una propuesta normativa que ofrece un criterio para dirimir todos los conflictos, sean “aparentes” o “reales”. En realidad, importa más lo primero que lo segundo: que el monismo pretenda brindar un criterio (último e ideal) de solución para los casos conflictivos es independiente de si los conflictos son o no “genuinos”. Podrían serlo, la cuestión decisiva es que bajo el enfoque monista tales conflictos son resolubles a través de la matriz del valor mayor. Así mirado, la “genuinidad” de los conflictos es cosa secundaria. Lo dije antes: el supuesto valor último a adoptar (cualquiera que sea, según las diversas concepciones) puede llegar a considerarse como un ideal regulativo dependiendo de la posición (meta)ética de los intérpretes en los casos “iusfundamentales”. Y si esto es así, el monismo ético no es tanto una posición sobre la existencia o inexistencia de conflictos entre derechos fundamentales, sino un posible criterio para su resolución.

En cuanto al pluralismo, la cuestión pasa por la afirmación de la heterogeneidad de los valores, de los deseos y de las metas de los distintos individuos: en general, de sus diversos planes de vida y de las diferentes concepciones sobre el “bien”. Se afirma que esta es una característica de las sociedades (occidentales) contemporáneas: que serían, por esto, individualistas (no organicistas). Las personas, en los Estados contemporáneos, según la concepción liberal, tienen el derecho al libre desarrollo de su personalidad y a elegir libremente su plan de vida, y está claro que en un entorno de ese tipo se producen conflictos entre los distintos ideales de vida. Para los pluralistas, esto supone también la existencia de conflictos entre los diferentes derechos fundamentales. Ahora bien, como ya se vio, la tesis pluralista es también compatible con una visión según la cual, no obstante la heterogeneidad de los valores, estos conforman (o pueden conformar si son “correctamente” interpretados) un todo orgánico consistente y libre de conflictos. Aun así, la concepción estándar y originariamente pluralista

⁶⁵ SHAFER-LANDAU 1995, 210-214.

⁶⁶ Piénsese en WELLMAN (1995) cuando habla de las excepciones “a menos que”: yo tengo un derecho a la vida en sentido absoluto, salvo que (por ejemplo) amenace la vida de otro, en cuyo caso cabría la cláusula exceptiva *x*, y así por el estilo. Si no amenazo la vida de nadie, no se aplica la cláusula y mi derecho a la vida ha de considerarse tal (o sea “ya suficientemente especificado”), *ceteris paribus*.

⁶⁷ Vid., CELANO 2002a.

sostiene exactamente lo contrario: «hay una pluralidad de valores universales que son a la vez conflictivos e incommensurables»⁶⁸. Se supone, así, que un sistema cualquiera en donde se deba commensurar lo incommensurable no puede ser sino conflictivo. Sin embargo, ¿los conflictos entre valores implican, necesariamente, los conflictos entre derechos? O bien, cuando hablamos de conflictos entre valores, entre concepciones del bien, entre planes de vida diferentes, etc., ¿hablamos también de conflictos entre derechos? A ojo de buen cubero se podría decir que sí: los ordenamientos jurídicos actuales, cuya inspiración –en cuanto hijos de la concepción liberal– se reconduce al pluralismo, aceptan el conflicto como un fenómeno fisiológico (no patológico), en ausencia del cual no se podría dar aquello que Bobbio llamaba “fecundidad del antagonismo”⁶⁹. Visto esto, se podría decir que también entre derechos fundamentales se dan conflictos. Estas observaciones, en principio incontestables, crean, sin embargo, una inquietud ulterior: ¿está la analogía bien construida (es necesaria)? Mi respuesta es que no: una cosa son los conflictos entre valores, los dilemas morales y los conflictos prácticos y –creo que se puede sostener– otra cosa son los conflictos entre derechos⁷⁰. Por ahora basta decir que está claro que los casos referentes a derechos no son reducibles ni a los conflictos prácticos ni a los dilemas morales, como tampoco a los conflictos valorativos en general: hay muchos conflictos (prácticos, morales, valorativos) que nada tienen que ver con los derechos fundamentales, así como hay conflictos entre derechos que raramente crearían –a ojos de un moralista– *dilemas genuinos*. Más aún, se suele considerar que los derechos son independientes de nuestras valoraciones morales particulares: v.gr., en un ordenamiento jurídico en donde se considere al aborto (en ciertos casos, dadas ciertas condiciones) como un derecho fundamental, tal ha de considerarse de ese modo (para ese ordenamiento) con independencia del acuerdo o desacuerdo moral sobre la cuestión. Y esto sin negar que en un caso como éste se presenta un conflicto práctico, un dilema moral o un conflicto valorativo (que persiste a la resolución jurídica del conflicto: sería, de hecho, muy peligroso para la moral que el derecho se atribuyera la autoridad final para poder resolver o disolver los dilemas morales o los conflictos valorativos de modo definitivo). Cuando en *Roe v. Wade* (1973) la Corte Suprema de los Estados Unidos de América dice: «nuestra tarea es resolver la cuestión desde criterios constitucionales, al margen de las inclinaciones personales y de las pasiones», dice que el conflicto moral persistirá fatalmente, aunque no, como es obvio, el conflicto jurídico. En suma, cuando los pluralistas hablan de “conflicto entre derechos”, ¿a qué conflictos se refieren? Está claro que desde el punto de vista moral somos diversos (poseemos concepciones diferentes sobre el bien), aunque, desde el punto de vista estrictamente jurídico, la “calificación” de una determinada conducta como “derecho” depende –en parte al menos– de la determinación de su contenido mediante el ejercicio de los poderes de producción y aplicación del derecho. Nuevamente, nadie duda que en un caso sobre tortura –como el ya presentado en este trabajo– se encuentra en juego la integridad física del presunto terrorista así como la integridad personal y la vida de muchas personas (además del dilema moral que afrontará el agente sobre la admisibilidad de torturarlo o no). Pero, aun así, en la mayoría de los ordenamientos la prohibición de la tortura es absoluta (independiente absolutamente de todas nuestras valoraciones morales o de los casos) e inderrotable (no sujeta a excepciones implícitas o explícitas). Para el enfoque específicamente jurídico (en los ordenamientos donde así se prevea), este constituye un derecho pleno: el derecho del terrorista a no ser torturado. Esto no anula o no disuelve el conflicto moral que se produce sobre la admisibilidad o no de la tortura: intuitivamente se podría decir que estaríamos *moralmente* justificados si decidimos torturar al presunto terrorista porque podríamos salvar la vida de –por hipótesis– miles de personas inocentes. En este sentido, la respuesta a la

⁶⁸ SPECTOR 2009, 355.

⁶⁹ BOBBIO 1986, 28.

⁷⁰ Si bien en algunos casos podrían coincidir.

pregunta: “¿estamos autorizados a torturar a alguien en estas condiciones?”), produciría un resultado aparentemente contradictorio: *moralmente sí, jurídicamente no*. En cualquier caso, el dilema moral subsistiría, aunque jurídicamente resultaría inderrotable (y por ende no enfrentado a otras reglas o principios). Este es, sin embargo, sólo un caso: la mayoría de normas (también las que tienen que ver con derechos) se consideran –en los ordenamientos jurídicos contemporáneos– derrotables. En tales casos (y en otros), el conflicto entre valores –así como los dilemas morales o conflictos prácticos– se considera como equivalente a los conflictos entre derechos (si por derecho se entiende no ya una conducta determinada, sino un valor, una opción valorativa, etc.), pero esta equiparación, como se ha visto, no es *necesaria*: bien pueden darse normas no antinómicas que correspondan a otros tantos derechos, y puede haber derechos que, aún en conflicto con determinadas visiones morales, no tengan (en ese sistema) relaciones antinómicas con otras normas.

10.4. Sobre las teorías coherentistas y no-coherentistas

Como ya había dicho, se deben diferenciar dos tipos diversos de coherentismo: uno lógico (formal) y otro práctico (material). Según el primero, no se dan soluciones contradictorias dentro de un sistema jurídico (en nuestro caso, no se dan soluciones contradictorias entre los diferentes derechos). Conforme al segundo, los derechos fundamentales son (siempre, o casi siempre) prácticamente compositivos: de modo que dado un sistema jurídico *x* no se requieren, para ese sistema, pares de conductas prácticamente incompatibles (al menos a nivel abstracto). En el primer caso, se debería demostrar que entre los derechos no se dan incompatibilidades según las soluciones normativas que ofrece el mismo sistema. En el segundo caso, se debería demostrar que los derechos fundamentales exigen (siempre, o casi siempre) conductas prácticamente compatibles, aun si no lo son las soluciones normativas ofrecidas por el sistema. En el primer caso, la coherencia es un punto de partida, en el segundo, un punto de llegada.

En cuanto a la coherencia formal, por hipótesis, se podría decir que un sistema *ideal* estaría libre de contradicciones, mientras que un sistema *no ideal* no lo estaría. Sin embargo, es un *truismo* afirmar que en los sistemas jurídicos normalmente se dan antinomias. Una tesis que intente defender un «principio lógico-jurídico de no contradicción» –como el que propone Toller⁷¹– es banalmente falsa. Es más, es dudoso que aun el sistema moral más “perfecto” esté libre de contradicciones. Tanto más esto es así en cuanto a los sistemas jurídicos, que son el producto de una actividad cooperativa: de las acciones *intencionales* y, también, *no intencionales* de los operadores jurídicos⁷². La única forma posible para que un sistema de derechos –perteneciente a un sistema jurídico– sea así de armonioso, sería que fuese el producto de una mente perfecta; pero esto es, antes que nada, implausible e indemostrable, además de que choca con una realidad diferente. Toller sostiene que «el ser derecho no se opone al ser derecho»⁷³, en términos generales. Y, en particular, que en el ámbito de los derechos fundamentales no se dan conflictos (colisiones, contradicciones), porque –según él– esto violaría el principio lógico de no contradicción (en virtud del cual dos afirmaciones contradictorias no pueden ser, ambas a la vez, verdaderas)⁷⁴. Siendo lo segundo una supuesta consecuencia de lo primero. Estas dos tesis son, sin embargo, implausibles. Me atrevo a decir que el extenso trabajo que Toller dedica a este tema (2013) no sería aceptado con facilidad por un lógico (aun cuando el trabajo sea presentado, justamente, como una defensa lógica del anti-conflictivismo). Toller no diferencia, por ejemplo, alético de deóntico, lógica de proposiciones de lógica de normas, normas de

⁷¹ TOLLER 2013, 553 ss.

⁷² Al respecto, BARBERIS 2015.

⁷³ TOLLER 2013, 552 s.

⁷⁴ Vid., SERNA, TOLLER 2000; y, TOLLER 2005; 2012; 2013.

proposiciones normativas⁷⁵. Me concentraré en la última distinción: entre las normas y las proposiciones normativas hay una diferencia decisiva que Toller no tiene en cuenta; esto es, la posibilidad de que de ellas se pueda predicar o no su verdad o falsedad. Pues bien, como principio general, sobre las prescripciones no se puede predicar la verdad, sino solamente sobre las descripciones. Y en esto radica, en este sentido, la diferencia entre una norma y una proposición normativa: la descripción de una norma (i.e., una proposición normativa) nos permite hablar en términos de verdad o falsedad si lo que estamos haciendo es describir la existencia de una norma (que es, por así decirlo, el objeto de nuestra descripción), pero esta misma norma no podrá ser verdadera o falsa (podrá decirse que es válida o inválida, justa o injusta, etc.). Toller mezcla y confunde todas estas categorías⁷⁶, haciendo su discurso oscuro y –paradójicamente, por la finalidad de su trabajo– contradictorio. Incluso porque a pesar de que él mismo acepta el principio de no contradicción como universalmente válido, luego establece excepciones que, según él, el mismo Aristóteles no habría advertido⁷⁷, aplicando el principio de forma bastante maleable⁷⁸. La primera tesis de Toller: que el (ser) derecho no se opone al (ser) derecho, está viciada por una falacia de equivocación, porque no hace sino reproducir la ambigüedad de los enunciados deónticos. La segunda: que no se dan “verdaderos” conflictos entre derechos porque esto violaría el principio de no contradicción está, en cambio, viciada por una forma de falacia naturalista (derivar del “deber ser” el “ser”). En todo caso, se supone que el objetivo de Toller sería decir, por ejemplo, que si existe una norma que prohíbe la eutanasia, no puede existir al mismo tiempo una que la permita. No se ve por qué tal cosa tenga que ser así. En efecto, está claro (es también un *truismo*) que en un sistema jurídico pueden verificarse, además de aquellas parciales, normas antinómicas *totales* según las cuales un mismo sujeto (o una clase de sujetos) tienen y no tienen un derecho a algo: por la existencia, justamente, de normas antinómicas totales. Una tesis como la de Toller no es en absoluto lógica, es simplemente ontológica; y presupone, así planteada, que el legislador no puede contradecirse (que en los sistemas jurídicos, en suma, no se dan contradicciones). Pero, como puede verificarse en cualquier ordenamiento jurídico, el legislador (también el constituyente) se contradice, y lo hace frecuentemente: basta la constatación de este fenómeno para rechazar cualquier tesis sobre la ausencia de soluciones contradictorias en un sistema jurídico, o en una parte o rama de aquél. Téngase en cuenta que el hecho de que una antinomia se pueda resolver por parte de un intérprete no supone que no haya existido, efectivamente, tal antinomia; supone nada más que la misma ha sido solucionada. En otras palabras, una cosa es el criterio de identificación de una antinomia y otra cosa es que sea resoluble, y cómo⁷⁹; pero tampoco Toller diferencia claramente puntos de partida de puntos de arribo⁸⁰.

En cuanto a la “hipótesis de la coherencia práctica” de los derechos fundamentales, se pueden realizar también algunas observaciones. Antes que nada, la “hipótesis de la composibilidad” parece ser trivial (y podría llevar a conclusiones absurdas) para los efectos de la demostración de una supuesta concordancia entre los derechos. Me explico: la idea de que los derechos son “siempre composibles”, o sea que no se requieren pares de conductas efectivas incompatibles entre ellas, admite una serie inagotable de variables que van más allá de cualquier intento de compaginación. Es cierto, pues, que son “siempre composibles” pero de los modos más abigarrados. Es más, se puede decir que cualquier

⁷⁵ Al respecto, vid., al menos, GUASTINI 2011, Cap. II, Parte III; y, ECHAVE et al. 1983.

⁷⁶ Cfr., TOLLER 2013, 553.

⁷⁷ TOLLER 2013, 565.

⁷⁸ Es decir, Toller no se compromete en todos los casos con las premisas que el mismo declara aceptar *ad initium*.

⁷⁹ Vid., BOBBIO 2011, 63 s.; 2012, 79-99.

⁸⁰ Tengo que aclarar que debo a Toller mi curiosidad por el “problema del conflictivismo”. Toller fue mi profesor en la Universidad Austral, y aún hoy lo considero una guía y, a título pleno, un maestro. Sin embargo, mis ideas sobre las tesis de Toller han cambiado. Un trabajo que escribí a este respecto (MALDONADO MUÑOZ 2013) seguía, en parte al menos, la posición de Toller & Serna. Hoy encuentro esta posición del todo implausible (al menos en términos estructurales, por decirlo de algún modo), por lo que ese trabajo mío debería ser, según me parece, olvidado.

conducta (acción u omisión) es prácticamente “componible” con cualquier otra en la medida en que ambas puedan coexistir: toda conducta, en términos intersubjetivos, convive de hecho con las de los demás, pero tal cosa es independiente de una posible armonía entre las diferentes conductas o entre los diferentes derechos. La “hipótesis de la composibilidad” sin una hipótesis ulterior sobre la consistencia y la armonía de los derechos, carece de todo sentido. Aun así, como ya ha quedado señalado, la tesis de la necesaria coherencia (la ausencia de soluciones contradictorias) es implausible; aparte de que no reconstruye la práctica de los tribunales en los casos “iusfundamentales”, sino que expresa los deseos o aspiraciones de quienes defienden esta doctrina. Ciertamente, se podría tratar de “compaginar” las conductas protegidas por los diferentes derechos para que no se produzcan, en lo posible, sacrificios en el bienestar de las personas. Tal puede ser un ideal a perseguir. Aunque, lamentablemente, tal cosa no basta para un enfoque de teoría general del derecho.

Sobre el no-coherentismo de Celano, en cambio, tengo que hacer solamente unos comentarios marginales: antes que nada, quisiera reproducir la misma observación que Pozzolo realizó en el prólogo a la edición 2002 de *Analisi e diritto: la legge e i diritti*⁸¹, en cuanto Celano habla frecuentemente de presuposiciones de “razonabilidad” o de “sensatez” que conducirían a la conclusión conforme a la cual la conflictividad entre los derechos es inevitable en una disciplina constitucional de los derechos⁸². Pero «“razonable” y “sensata”, ¿en qué sentido?», se pregunta Pozzolo⁸³. A manera de ejemplo: ¿por qué “razonablemente” deberíamos arribar a especificaciones conflictivas entre sí y no a otras que no lo sean cuando concretizamos unos derechos?⁸⁴. ¿Qué significa, en ese contexto, “razonablemente”? Pero esta es una objeción, vuelvo y repito, marginal. No obstante, tengo otra que considero algo más relevante para los efectos de este debate: si bien estoy de acuerdo, en general, con los argumentos de Celano, pienso que hay un problema con su tratamiento de la cuestión, y es que él usa el vocablo “conflicto” en sentidos muy diversos, que no siempre diferencia y que sugieren conflictos asimismo diversos: a veces en un sentido político-ideológico, otras veces en un sentido moral, otras en un sentido jurídico (que admiten, a su vez, formas diferentes de ser caracterizados). Todas estos sentidos de conflicto merecerían ser distinguidos, de manera que ciertas confusiones puedan ser evitadas. Por supuesto, ahora mismo no puedo ahondar en este asunto, dado que merece un desarrollo extenso; aunque, en todo caso, al final de este trabajo lo dejo someramente enunciado.

10.5. Sobre la jerarquización y el peso

No hay razones lógicas para defender la existencia de jerarquías *fijas e inmóviles* entre los derechos o los principios constitucionales. Cualquier jerarquización pétrea es producto solamente de una estipulación o de opciones ideológicas. Vale lo mismo para cualquier jerarquía fija: si en un caso en donde dos partes reivindicán, el uno la libertad de prensa, y el otro el derecho al honor, un juez decide –con base en la doctrina de las libertades preferidas– tutelar el primero, está claramente tomando posición por una opción dogmática. No hay aquí descripción alguna de un estado de cosas ya dado. La jerarquización (*categorization of rights*) es una construcción ideológica que admite diversas jerarquías, según quien las “componga”: si hoy cierta jurisprudencia sigue una doctrina, mañana podrá seguir la opuesta. Una tesis diferente, que defienda una jerarquía fija no ideológica, sino teórica, una especie de ordenación espontánea, pétrea e inmóvil de los valores, los principios o los derechos, es del todo implausible (y seguramente impracticable).

⁸¹ En donde apareció publicado originalmente *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*

⁸² Vid., CELANO 2002b, 203.

⁸³ POZZOLO 2002, 5.

⁸⁴ Vid., CELANO 2002b, 200.

En cuanto a las *jerarquías móviles*, hay algunos apuntes que hacer: en los casos concretos, como se puede verificar en cualquier tribunal, los intérpretes deciden aplicar un determinado principio en lugar de otro. En ciertos casos, esta decisión podría implicar una jerarquía axiológica –y en esto tiene razón Guastini– en la medida en que los intérpretes establezcan una prevalencia axiológica *ad casum* de un principio sobre otro. Aun así, no queda claro cómo funciona la jerarquía móvil (también la axiológica) en los casos en que existe un solo principio aplicable (un caso típico de conflicto *intra-rights*), como se daría en una hipótesis de legítima defensa o estado de necesidad con respecto al derecho a la vida de dos personas distintas⁸⁵. No hay posibilidad de establecer una jerarquía si se presenta un solo principio; de modo que cualquier preferencia, cualquier decisión de los intérpretes, no podrá estudiarse en términos de relaciones jerárquicas: un mismo principio no puede ser a la vez superior e inferior a sí mismo. Más allá de esto, el problema de la jerarquía *ad casum*, aparte del aspecto axiológico que no está en discusión, no parece tener asidero: si dos principios son invocados en el mismo litigio –y se supone que se encuentran en contradicción–, desde el momento en que el juez escoge o no calificar una conducta como “derecho”, el principio al que éste se refiera tendrá una relación con el caso (habrá sido elegido como el principio “aplicable”, conforme a la decisión del juez). El otro principio, para los efectos jurídicos, ocupará la misma posición –desde el punto de vista de su valor para el caso o desde el punto de vista lógico– que cualquier otro principio extraño al caso: ninguna. Si, *verbi gratia*, para un juez, el principio que protege la libre expresión se puede concretizar en una norma que permita el discurso de odio, entonces el principio que protege el honor de los afectados no será (según la decisión) el principio aplicable al caso: estaríamos hablando de un caso de libre expresión, no de uno de honor (o de cualquier otro principio extraño al caso). Podría pasar exactamente lo inverso (que el juez se decida por el otro principio), obviamente, pero el ejemplo, en sustancia, sería el mismo. Me explico mejor: un caso en que dos partes reivindiquen, respectivamente, un principio relativo a la libre expresión, y otro referente al honor, pretenderán –por hipótesis– que se reconozca que del principio P1 se puede extraer una norma N1 por la cual el discurso de odio está permitido, o que del principio P2 se puede extraer una norma N2 por la cual el discurso de odio está prohibido (tal parece haber sido el caso de *Brandenburg v. Ohio* (1969) en la Corte Suprema de Estados Unidos). En esta hipótesis, N1 y N2 no son normas vigentes del ordenamiento jurídico: no se da, entonces, una antinomia (en términos del sistema) entre ellas. Pues bien, si el intérprete decide que N1, el principio aplicado en el caso es P1. Si decide que N2, el principio será P2. No hay razón, sin embargo, para decir que entre N1 y N2 haya algún tipo de jerarquía, pues el caso no es un caso de N2, en la primera hipótesis, y no es un caso de N1, en la segunda. Por otra parte, se dan casos en que los jueces consideran aplicables, a la vez, dos (o más) principios, cuando realizan *ponderaciones múltiples*⁸⁶. Una jerarquía entre los principios, en ese supuesto, no parece posible: a menos que se hable de una jerarquía móvil que sea a su vez móvil, pero también aquí se repite el fenómeno anterior: las normas que se pueden “extraer” de los principios reivindicados en un caso N1, N2, N3, etc., se refieren a conductas diversas en contenido sin que se pueda decir, según creo, que entre ellas se dé algún tipo de jerarquía, justamente porque el intérprete puede “componer” en modos diversos la decisión del caso.

Por último, sobre el enfoque teórico que sostiene que todos los principios (o bien todos los derechos) tienen la *misma jerarquía* y el mismo peso, se puede decir lo siguiente: si entendemos que todos los principios de la constitución referentes a derechos fundamentales son de la misma jerarquía en el sentido de que pertenecen a la misma norma del sistema jurídico, entonces la hipótesis de la igual jerarquía es correcta. Si esto es así, la jerarquía igual supone la imposibilidad de aplicación de los criterios de *lex superior* y *lex posterior*, así como el de competencia. Quedaría, entonces, la

⁸⁵ PINO 2009, 658.

⁸⁶ Vid., BARBERIS, 2011b, 253 s.; SARDO, 2013, 249 s.

posibilidad de asumir que entre éstos se puede aplicar –al menos en ciertos casos– el criterio *lex specialis* (cuestión aceptada, por ejemplo, por Guastini, pero también por Ferrajoli⁸⁷, aun cuando su diagnóstico sobre el “problema del conflictivismo” sea diverso). De todos modos, como bien se sabe, hay normas en materia de derechos fundamentales que constan en cuerpos jurídicos diversos de aquel constitucional; normas que son jerárquicamente inferiores (y que están sujetas a otros sistemas de revisión: el de constitucionalidad como el más importante) aun cuando ambas se refieran a la misma materia. En cuanto al “peso igual” de los derechos, no creo que se deba profundizar tanto en algo que aparece como obvio: el “peso” no es sino una metáfora. Y dado que es sólo eso, se puede usar también para representar la necesidad de “inclinarse la balanza”. Si el peso igual puede considerarse (metafóricamente) un buen punto de partida, no tiene por qué considerarse un buen punto de llegada: si inicialmente dos derechos “pesan lo mismo”, pueden no hacerlo al final.

11. *Palabras finales*

He llegado a este punto habiendo recorrido un camino sinuoso y lleno de vericuetos, pero creo que ha sido fructífero en la medida en que, según me parece, dos cosas han quedado claras: (i) el “problema del conflictivismo”, el debate entre conflictivistas y anti-conflictivistas, no corresponde en absoluto a una discusión unívoca entre dos tesis unidimensionales; al contrario, se refiere a una serie heterogénea y multidimensional de debates diversos; y, (ii) la contraposición entre las posiciones conflictivistas y anti-conflictivistas, no siendo unívoca e unidimensional (siendo heterogénea y multidimensional), no corresponde, tampoco, a una serie de posiciones necesariamente consistentes o coherentes entre ellas. Por el contrario, corresponde a una serie de teorías y de tesis variopintas; llenas, por otra parte, de posibles incompatibilidades. Estudiar el “problema del conflictivismo” como si correspondiera a dos posiciones unidimensionales o consistentes puede llevar a conclusiones desencajadas, o a simples disputas verbales (como se ha visto, tal cosa no es infrecuente en el debate entre conflictivistas y anti-conflictivistas). El mismo hecho de que en la mayoría de los casos no quede claro en qué sentidos se habla de “derechos” y, sobre todo, de “conflictos”, puede conducir –de hecho, ha conducido– a equívocos en el debate. Las respuestas al mismo problema, pueden ser, entonces, diversas. Lo explica bien Comanducci:

«A la pregunta: “¿existe compatibilidad o incompatibilidad entre derechos fundamentales?”, se puede dar respuestas diversas, y no necesariamente incompatibles entre ellas, según el nivel de análisis que se escoja, según las definiciones que se usen de “derechos fundamentales”, y también según lo que se entienda por (in)compatibilidad»⁸⁸.

Visto así, un conflictivismo o un anti-conflictivismo desnudos no representan tanto dos posiciones teóricas, cuanto dos retóricas acerca de los derechos. Ahora bien, considero que este problema admite, al menos, tres respuestas con pretensiones descriptivas si se parte de una clasificación que me parece aceptable y que se expresa en la diferencia entre “derechos reivindicados”, “derechos reconocidos” (por el derecho positivo), y “derechos protegidos” (reconocidos por los intérpretes)⁸⁹. En cada uno de estos casos, el “derecho” corresponderá a una cierta conducta (de hacer o no hacer), que opera, en todo caso, a diferentes niveles (por lo que éstos no serán, al mismo nivel, “derechos”). Los derechos

⁸⁷ Cfr., BURAZIN 2014.

⁸⁸ COMANDUCCI 2004, 317 s.

⁸⁹ Vid., BOBBIO 1965, 13-24.

reivindicados; esto es, en general, las pretensiones, se puede decir que suelen encontrarse frecuentemente en conflicto entre ellas: aquí el conflicto suele asumir la forma de conflicto práctico o, visto desde el punto de vista externo, de dilema moral; aunque puede tratarse solamente de un conflicto valorativo o de una forma de desacuerdo. En el caso de los derechos reconocidos; esto es, de las pretensiones justificadas (en normas positivas), se puede decir que el conflicto asume generalmente la forma de una antinomia. Este tipo de conflicto es algo frecuente, pero no tanto como aquel entre pretensiones; es decir, es eventual (aunque esto, por supuesto, es contingente). En el caso de los derechos reconocidos por los intérpretes; esto es, de las pretensiones protegidas, se puede decir que en último término no se dan conflictos entre los derechos, al menos en los casos puntuales: en esta visión, los derechos no se encuentran entre las premisas de un razonamiento, sino que constituyen su conclusión, de modo que de “derechos” se hablaría sólo después de la interpretación (auténtica), no antes. Esto último resultaría conceptualmente viable, aunque, en cierto sentido, banal para el desarrollo del debate. De estos breves apuntes puedo traer una conclusión apresurada: los derechos están (a veces) en conflicto entre ellos si se hallan entre las premisas de un razonamiento, y no lo están (en general) si son el resultado de éste. Todo esto, claro está, con independencia de su contenido⁹⁰.

⁹⁰ Este breve esbozo presentado aquí debería ser profundizado, además de que algunas distinciones deberían ser introducidas. Esto merecería, obviamente, un trabajo diferente a éste, cosa que en todo caso espero realizar en un futuro cercano.

Bibliografía

- ALCHOURRÓN C. 2000. *Sobre derecho y lógica*, en «Isonomía», 13, 2000, 11 ss.
- ALEXY R. 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALEXY R. 2003. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, en «Ratio Juris», 16, 4, 2003, 433 ss.
- ALEXY R. 2008. *La fórmula del peso*, en CARBONELL M. (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, 13 ss.
- BARBERIS M. 2005. *I conflitti fra diritti: tra monismo e pluralismo etico*, en «Analisi e diritto», 2005, 1 ss.
- BARBERIS M. 2006. *Etica per giuristi*, Roma, GLF editori Laterza, 2006.
- BARBERIS M. 2011a. *Ferrajoli, o el neoconstitucionalismo no tomado en serio*, en «Doxa», 34, 2011, 89 ss.
- BARBERIS M. 2011b. *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011.
- BARBERIS M. 2015. *Contro il creazionismo giuridico*, en «Quaderni fiorentini», XLIV, 2015, 67 ss.
- BAUMANN P., BETZLER M. 2004. *Introduction: Varieties of Practical Conflict and the Scope of Practical Reason*, en ID., *Practical Conflicts. New Philosophical Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 1 ss.
- BENDITT T.M. 1982. *Rights*, Totowa, Rowman and Littlefield, 1982.
- BERNAL PULIDO C. 2003. *Estructura y límites de la ponderación*, en «Doxa», 26, 2003, 225 ss.
- BERNAL PULIDO C. 2015. *Une défense de la de la forme de raisonnement juridique du néoconstitutionnalisme*, pro manuscripto.
- BERLIN I. 1969. *Two Concepts of Liberty*, en ID., *Four Essays on Liberty*, London, Oxford University Press, 1969, 118 ss.
- BIN R. 2000. *Diritti e fraintendimenti*, en «Ragion pratica», 14, 2000, 15 ss.
- BIX B., SPECTOR H. 2012. *Rights: Concepts and Contexts*, Farnham, Ashgate, 2012.
- BOBBIO N. 1965. *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991 (ed. or. *L'età dei diritti*, 1965).
- BOBBIO N. 2011. *Saggi sulla scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2011.
- BOBBIO N. 2012. *Studi per una teoria generale del diritto*, 2da ed., Torino, Giappichelli.
- BOBBIO N. 1986. *Liberalismo y democracia*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2013 (ed. or. *Liberalismo e democrazia*, 1986).
- BONGIOVANNI G. 2006. *Principi come valori o come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Alexy e Habermas*, en «Ars Interpretandi», 10, 2006, 177 ss.
- BOROWSKI M. 2003. *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BOTTERELL A. 2008. *In Defense of Infringement*, en «Law and Philosophy», 27, 2008, 269 ss.
- BURAZIN L. 2014. *Antinomies Between Implicit Legal Principles: A solution to the Total-Partial Antinomy*, en JOVANOVIC M., HIMMA K.E. (eds.), *Courts, Interpretation, The Rule of Law*, The Hague, Eleven International Publishing, 2014, 167 ss.
- CELANO B. 2002a. *'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisione stabile*, en «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2002, 34 ss.

- CELANO B. 2002b. *¿Cómo debería ser la disciplina constitucional de los derechos?*, in ID. *Derecho, justicia, razones: Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, 195 ss. (ed. or. *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?* In S. Pozzolo (ed.), *La legge e i diritti*, Torino, Giappichelli, 2002, trad. es. de J. Laporta y A. Greppi).
- CELANO B. 2004. *Derechos, principios y valores en el Estado Constitucional de derecho: tres hipótesis de reconstrucción*, in ID., *Derecho, justicia, razones: Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, 255 ss. (ed. or. *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in «Diritto e questioni pubbliche», 4, 2004, trad. es. de J. Laporta y A. Greppi).
- CELANO B. 2005. *Derechos fundamentales y poderes de determinación en el Estado constitucional de derecho*, in ID., *Derecho, justicia, razones: Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, 281 ss. (ed. or. *Diritti fondamentali e poteri di determinazione dello Stato costituzionale di diritto*, in «Filosofía Política», 19, 2005, trad. es. de J. Laporta y A. Greppi).
- CELANO 2009. *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2009.
- CIANCIARDO J. 2007. *El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.
- COMANDUCCI P. 2004. *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali*, en ID., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004, 317 ss.
- DWORKIN R. 2011. *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.
- ECHAVE D.T., URQUIJO M.E., GUIBOURG R.A. 1983. *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Astrea, 1983.
- EKMEKDJIAN M.A. 1985. *De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles*, en «El Derecho», 1985, 114 ss.
- FEINBERG J. 1978. *Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life*, en «Philosophy & Public Affairs», 7, 2, 1978, 93 ss.
- FERRAJOLI L. 2000. *I fondamenti dei diritti fondamentali*, en «Teoría política», XVI, 6, 2000, 41 ss.
- FERRAJOLI L. 2011. *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011.
- FERRAJOLI L. 2013. *Dei diritti e delle garanzie: Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, Il Mulino, 2013.
- FINKELSTEIN C.O. 2001a. *Introduction To The Symposium On Conflicts Of Rights*, en «Legal Theory», 7, 3, 2001, 235 ss.
- FINKELSTEIN C.O. 2001b. *Two Men And a Plank*, en «Legal Theory», 7, 3, 2011, 279 ss.
- FINNIS J. 1980. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.
- GILLMAN H. 1994. *Preferred Freedoms: The Progressive Expansion of State Power and the Rise of Modern Civil Liberties Jurisprudence*, en «Political Research Quarterly», 47, 3, 1994, 623 ss.
- GORRA D. 2014. *Crítica a la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy: sistema de ponderación de principios*, en «Nuevas Fronteras de Filosofía Práctica», 3, 2014, 43 ss.
- GRIFFIN J. 2008. *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- GUASTINI R. 2010. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2010.
- GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011.
- GUASTINI R. 2015. *Applying Constitutional Principles*, pro manuscripto.
- HARE R.M. 1981. *Moral Thinking. Its Levels, Method, and Point*, Oxford, Clarendon Press, 1981.
- HESSE K. 2011. *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Coloquio Jurídico Europeo, 2011.
- HOHFELD W. 1919. *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, Yale University Press, 1919.

- KAMM F.M. 2001. *Conflicts of Rights*, en «Legal Theory», 3, 7, 2001, 239 ss.
- KANT I. 1785. *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, New York, Yale University Press, 2002 (ed. or. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785).
- KANT I. 1797. *The metaphysics of morals*, New York, Cambridge University Press, 1991 (ed. or. *Die Metaphysik der Sitten*, 1797).
- LA TORRE M. 2014. *La Giustizia della Tortura: variazioni sul tema*, en «Materiali per una Storia della Cultura Giuridica», XLIV, 1, 2014, 3 ss.
- LILLA M., DWORKIN R., SILVERS R. 2001. *The legacy of Isaiah Berlin*, New York, The New York Review of Books, 2001.
- LUQUE P. 2013. *La concepción irenista de la constitución. Sobre la posibilidad de una reconstrucción armónica del contenido ético-sustantivo del Estado constitucional*, en «Isonomía», 38, 2013, 35 ss.
- MALDONADO MUÑOZ M. 2013. *El principio de razonabilidad y su aplicación al estudio de validez de las normas jurídicas*, en «Ius Humani», 3, 2013, 139 ss.
- MARMOR A. 1997. *On the Limits of Rights*, en «Law and Philosophy», 16(1), 1997, 1 ss.
- MICHAEL L. 2009. *¿El contenido esencial como denominador común de los derechos fundamentales en Europa?*, en «ReDCE», 6, 11, 2009, 165 ss.
- MORESO J.J. 2002. *Conflitti tra principi costituzionali*, en «Diritto&questioni pubbliche», 2, 2002, 19 ss.
- MORESO J.J. 2009. *Conflictos entre principios constitucionales*, en CARBONELL M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2009.
- MORESO J.J. 2010. *Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos*, en «Arbor», CLXXXVI, 745, 2010, 821 ss.
- MORESO J.J. 2012. *Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism*, en «Ratio Juris», 25, 1, 2012, 31 ss.
- MOORE M. 1989. *Torture and the Balance of Evils*, en «Israel Law Review», 23, 1989, 280 ss.
- NOZICK R. 1974. *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Blackwell, 1974.
- OBERDIEK J. 2004. *Lost in Moral Space: on the Infringing/violating Distinction and its Place in the Theory of Rights*, en «Law and Philosophy», 23, 2004, 325 ss.
- ORUNESU C. 2014. *Los conflictos entre derechos y el derecho internacional en la jurisprudencia de la CSJN*, pro manuscrito.
- OYARTE R. 2006. *Acción de Amparo*, Quito, Fondo editorial Andrade & Asociados, 2006.
- OYARTE R. 2014. *Derecho constitucional: ecuatoriano y comparado*, Quito, CEP, 2014.
- PÉREZ ROYO J. 2007. *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- PINO G. 2009. *Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli*, en «Doxa», 32, 2009, 649 ss.
- PINO G. 2010. *Diritti e interpretazione: Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2010.
- PINTORE A. 2001. *Insatiable Rights*, en «International Journal for the Semiotics of Law, Revue Internationale de Sémiotique Juridique», 14, 2001, 277 ss.
- PINTORE A. 2010. *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa, ETS, 2010.
- POZZOLO S. 2002. *La legge e i diritti*, en ID., *Analisi e diritto: la legge e i diritti*, Torino, Giappichelli, 2002.
- RAZ J. 1986. *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.

- RAZ J. 2004. *Personal Practical Conflicts*, en BAUMANN P., BETZLER M. (eds.), *Practical Conflicts. New Philosophical Essays*, 2004, 172 ss.
- RICHARDSON H.S. 1990. *Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems*, en «Philosophy & Public Affairs», 19, 4, 1990, 279 ss.
- ROSS W.D. 1930. *The Right and the Good*, Oxford, Clarendon Press, 2002.
- RUIZ MANERO J. 2014. *Due problemi per la ponderazione: tensioni irrisolvibili e principi imponderabili*, en LUQUE SÁNCHEZ P., SCAMARDELLA F. (ed.), *Gli argomenti del costituzionalismo: la tensione tra etica e diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.
- SAPAG M. 2008. *El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado*, en «Dikaion», 17, 2008, 157 ss.
- SARDO A. 2013. *Teorías de la ponderación: análisis crítico*, en GRÁNDEZ P., MORALES F. (eds.), *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, Lima, Palestra, 2013, 239 ss.
- SERNA P., TOLLER F. 2000. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000.
- SHAFFER-LANDAU R. 1995. *Specifying Absolute Rights*, en «Arizona Law Review», 37, 1995, 209 ss.
- SINNOTT-ARMSTRONG W. 1996. *Moral Dilemmas and Rights*, en MASON H.E. (ed.), *Moral Dilemmas and Moral Theory*, New York, Oxford University Press, 1996, 48 ss.
- SPECTOR H. 2009. *Value Pluralism and the Two Concepts of Rights*, en BAURMANN M., LAHNO B. (eds.), *Perspectives in Moral Science*, 2009, 355 ss.
- STEINER H. 1977. *The Structure of a Set of Compossible Rights*, en «The Journal of Philosophy», 74, 12, 1977, 767 ss.
- STEINER H. 1994. *An Essay on Rights*, Oxford, Blackwell, 1994.
- STEINER H. 1995. *Rational Rights*, en «Analyse & Kritik», 17, 1995, 3 ss.
- TOLLER F. 2005. *La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales: Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y al balancing test*, en FERRER MAC-GREGOR E. (ed.), *Interpretación constitucional*, vol. II, México, Porrúa, 2005.
- TOLLER F. 2012. *Los derechos in concert: 'metodologías para tomar decisiones armonizadoras en casos entre derechos y bienes constitucionales'*, en CIANCIARDO J. (ed.), *Constitución, Neoconstitucionalismo y Derechos: teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, México, Porrúa, 2012.
- TOLLER F. 2013. *La imposibilidad de las colisiones entre derechos: aplicaciones del principio de no contradicción a la hermenéutica constitucional*, en FLORES SALDAÑA A. (ed.), *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2013, 525 ss.
- THOMSON J.J. 1976. *Self-defense and Rights*, The Lindley Lecture, University of Kansas, 1976.
- THOMSON J.J. 1977. *Some Ruminations on Rights*, en «Arizona Law Review», 19, 45, 1977, 46 ss.
- THOMSON J.J. 1990. *The Realm of Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 1990.
- WALDRON J. 1989. *Rights in Conflict*, en «Ethics», 99(3), 1989, 503 ss.
- WEBBER G.C. 2009. *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- WELLMAN C.H. 1995. *On Conflicts Between Rights*, en «Law and Philosophy», 14, 3-4, 1995, 271 ss.
- ZAGREBELSKY G. 1992. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2011 (ed. or. *Il diritto mite*, 1992).

GUADALUPE SALMORÁN

Bolivia, Ecuador y Venezuela: ¿un nuevo constitucionalismo latinoamericano o nuevas autocracias plebiscitarias?

Bolivia, Ecuador and Venezuela: a New Latinamerican Constitutionalism or New Plebiscitarian Autocracies?

ABSTRACT

En las últimas décadas los procesos constitucionales de Bolivia, Ecuador y Venezuela han sido interpretados por algunos autores como el surgimiento de nuevos paradigmas constitucionales, designados con el nombre de “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, mientras otros ven en ellos la instauración de regímenes en clave “autocrática”. La paradoja es que a pesar de los avances en materia de derechos y formas de participación ciudadana, las constituciones de esos países muestran una tendencia a concentrar el poder político en los vértices de los ejecutivos. Uno de los casos más emblemáticos de ese fenómeno son las así llamadas “enmiendas” constitucionales promovidas por los presidentes en Ecuador y Venezuela.

During the last decades some scholars have interpreted the constitutional processes of Bolivia, Ecuador and Venezuela as the configuration of new constitutional paradigms called “New Latin American Constitutionalism”, while others have argued they represent the institution of “autocratic” regimes. A paradox emerges: despite progresses on fundamental rights and forms of citizen participation, the constitutions of these countries show a tendency to concentrate the political power in the executive branches of the government. One of the most emblematic cases of this phenomenon is the constitutional “amendments” promoted by the presidents of Ecuador and Venezuela.

KEYWORDS

Nuevo constitucionalismo latinoamericano, democracia constitucional, autocracia

New Latin American constitutionalism, constitutional democracy, autocracy

GUADALUPE SALMORÁN*

Bolivia, Ecuador y Venezuela: ¿un nuevo constitucionalismo latinoamericano o nuevas autocracias plebiscitarias?

1. *Nuevo constitucionalismo latinoamericano como doctrina* – 2. *Nuevo constitucionalismo latinoamericano como proyecto político* – 3. *La parte orgánica de las constituciones de Venezuela, Bolivia y Ecuador* – 4. *Las vías para modificar a la constitución en Bolivia, Ecuador y Venezuela* – 5. *Las “enmiendas” constitucionales en Venezuela y Ecuador*

En los últimos años, en América Latina hemos presenciado diversos procesos constituyentes que llevaron a la aprobación – mediante referendos populares – de nuevos textos constitucionales en Venezuela (1999) Ecuador (1998 y 2008) y Bolivia (2009). Estos fenómenos han llamado la atención de politólogos y sociólogos y, naturalmente, también de los estudiosos del derecho. La perplejidad es que mientras unos tienen a ver en estas experiencias la llegada de una nueva ola de regímenes *populistas*¹ o, incluso, la instauración de *regímenes en clave autocrática*², otros ven en ellas el surgimiento de nuevos modelos constitucionales específicos de la región, designados por los juristas con el nombre colectivo de *nuevo constitucionalismo latinoamericano*³. La pregunta es ¿cómo es posible tener lecturas tan divergentes e, incluso, contrapuestas de los mismos fenómenos? En las siguientes líneas propongo algunas claves de análisis para entender estas interpretaciones (aparentemente) contrastantes.

1. *Nuevo constitucionalismo latinoamericano como doctrina*

De acuerdo a algunos autores, a partir de los procesos constituyentes antes referidos y las constituciones que resultaron de ellos, se han configurado nuevos paradigmas constitucionales que pretenden ser alternativos y, por ende, distintos al modelo constitucional democrático madurado en Europa Occidental de posguerra⁴, que influiría notablemente la configuración de los textos

* Doctoranda de la Università degli Studi di Torino. Email: mdguadalupe.salmoran@gmail.com.

¹ FREIDENBERG 2007; EDWARDS 2009; PANIZZA 2008; PATIÑO, CARDONA 2009.

² SALAZAR 2013, 37-40; HERNÁNDEZ 2013, 851-875.

³ Esta “nueva corriente doctrinal” ha reunido a diversos autores y generado una abundante literatura. Entre las obras que, desde distintas perspectivas, se han ocupado de este tema destacan: SANTOS 2007, 25-46; SANTOS 2010, 71-100; VICIANO, MARTÍNEZ 2010; UPRIMNY 2011, 109-137. Véase en particular la reciente obra colectiva editada por VICIANO 2012. Una perspectiva crítica sobre la materia puede encontrarse en: SALAZAR 2013; GARGARELLA, COURTIS 2009; GARGARELLA 2011, 87-108; SERNA 2009; INSIGNARES 2015.

⁴ Referido al complejo paradigma de organización político-jurídico, el Estado democrático constitucional, erigido sobre las “universales procedimentales” de la democracia, la división de poderes y la protección de los derechos fundamentales. La literatura sobre este tema es vastísima. En esta sede refiero a ELSTER, SLAGSTAD, 1999; SALAZAR 2006; FERRAJOLI 2006; FERRAJOLI 2013a.

constitucionales de la mayoría de los países latinoamericanos. Según esta perspectiva, en América Latina algunas de las constituciones en la región estarían inspiradas en el modelo europeo y otras orientadas por el *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.

Sin embargo, es importante advertir que dicha expresión no sólo ha sido empleada para denotar a las recientes experiencias constitucionales latinoamericanas sino también para denominar una peculiar “teoría de la constitución” construida, precisamente, a partir de dichos fenómenos. Una teoría distinta de aquello que sus sustentantes identifican con el término *neoconstitucionalismo* y usan, sin mayor precisión, para referirse a la corriente doctrinal que estudia el modelo constitucional europeo⁵. En este trabajo me referiré, en particular, a las tesis formuladas por Roberto Viciano y Rubén Martínez⁶.

Según dichos autores, mientras el *neoconstitucionalismo* es una “teoría del derecho” que estudia la dimensión positiva (o jurídica) de la constitución y centra su atención en los mecanismos mediante los cuales se limita al poder público. El *nuevo constitucionalismo latinoamericano* es, principalmente, una “teoría de la constitución” que se preocupa, además, por la *legitimidad* de los textos fundamentales, la cual por su propia naturaleza es de carácter extrajurídico. No se trata, sin embargo, de cualquier *legitimidad* sino de una “legitimidad democrática” referida a la forma mediante la cual la voluntad constituyente es trasladada a la voluntad constituida⁷. De acuerdo con Viciano y Martínez, en efecto, los textos constitucionales deben «garantizar la traslación fiel de la voluntad del poder constituyente (del pueblo) y certificar que sólo la soberanía popular, directamente ejercida, pueda determinar la generación o la alteración de las normas constitucionales»⁸.

De modo que con el *nuevo constitucionalismo latinoamericano*

«se supera el concepto de Constitución como limitadora del poder (constituido) y se avanza en la definición de la Constitución como fórmula democrática donde el poder constituyente – la soberanía popular – expresa su voluntad sobre la configuración y limitación del Estado pero también de la propia sociedad»⁹.

Es por esta razón que – según Viciano y Martínez – el *nuevo constitucionalismo* no sólo es simplemente una “teoría de la constitución”, sino una “teoría democrática de la constitución”¹⁰.

⁵ Conviene aclarar que, en sentido propio, *neoconstitucionalismo* es una expresión acuñada por la escuela genovesa de filosofía jurídica, para calificar a un conjunto de concepciones sobre el derecho constitucional, inspiradas en los ordenamientos constitucionales de posguerra en Europa Occidental. Bajo esta categoría han sido colocados, no sin cierta vaguedad diversos autores, desde Ronald Dworkin hasta Gustavo Zagrebelsky, pasando por Carlos Santiago Nino y Robert Alexy, hasta algunos nombres en América Latina como Miguel Carbonell y Carlos Bernal Pulido. Sobre el así llamado *neoconstitucionalismo* cfr.: CARBONELL 2006; CARBONELL 2007; CARBONELL, GARCÍA 2010; SALAZAR 2013, 143-172. Así como también: POZZOLO 1998, 339-354; POZZOLO 2001; POZZOLO 2008, 405-417; COMANDUCCI 2002, 90-112; COMANDUCCI 2008, 141-151; COMANDUCCI et. al. 2009. Asimismo cfr. PERINI 2003, 15-36; SCHIAVELLO 2004, 37-49 y POZZOLO 2004, 51-70.

⁶ En esta sede me refiero especialmente al trabajo VICIANO, MARTÍNEZ 2010, en el cual los autores exponen de manera sistemática sus ideas fundamentales sobre el tema y que retomarían en sus trabajos posteriores. Cfr. también VICIANO, MARTÍNEZ 2001; VICIANO 2006; VICIANO, MARTÍNEZ 2010, 9-43; VICIANO 2012; MARTÍNEZ 2014, 67-120.

⁷ VICIANO, MARTÍNEZ 2010, 18.

⁸ VICIANO, MARTÍNEZ 2010, 18.

⁹ VICIANO, MARTÍNEZ 2010, 16.

¹⁰ Algunos autores consideran al *nuevo constitucionalismo latinoamericano* como un “constitucionalismo sin padres”. Cfr. MARTÍNEZ 2008, 5-15. No obstante, otros han sugerido una posible conexión entre esta “posición doctrinal” y el constitucionalismo “populista” norteamericano. Pedro Salazar advierte que el *nuevo constitucionalismo latinoamericano* no es del todo original. Sus raíces pueden rastrearse en el constitucionalismo “popular” o “populista” que maduró en Estados Unidos en la agenda de los antifederalistas, cuyas tesis se vieron plasmadas en la constitución de Pennsylvania de 1776. Entre los autores de esta tradición teórica se encuentran: Larry Kramer, Akhil Amar, Jack Balkin, Sanford Levinson, Richard Parker, Mark Tushnet, así como Jeremy Waldron o incluso Bruce Ackerman. Para Pedro Salazar, algunas de las

De acuerdo con esta corriente doctrinal, para que un Estado constitucional tenga vigencia no basta con comprobar que se haya observado «el procedimiento constituyente adecuado» y se hayan generado «los mecanismos que garantizan la efectividad y normatividad de la constitución»¹¹. El contenido de la constitución debe, además, ser coherente con su “fundamentación democrática” a través de: i) la introducción de mecanismos de participación política de la ciudadanía; ii) la garantía de los derechos fundamentales (culturales, sociales y económicos incluidos); iii) el establecimiento de procedimientos de control de constitucionalidad que puedan ser activados por la ciudadanía, iv) y la contemplación de “reglas limitativas” al poder político pero también a los poderes sociales, económicos o culturales, capaces de limitar el fundamento democrático de la vida social y los derechos y libertades de la ciudadanía¹².

Según Viciano y Martínez, el *nuevo constitucionalismo latinoamericano* como «modelo teórico» ha sido llevado a la práctica en los recientes procesos constituyentes de Venezuela, Bolivia y Ecuador y ha quedado plasmado en las constituciones a las que éstos han dado origen. Me refiero a los textos constitucionales de 1999 venezolano, de 2008 ecuatoriano y de 2009 en el caso boliviano.

2. *Nuevo constitucionalismo latinoamericano como proyecto político*

Ahora bien, ¿qué hace diferente a los “nuevos” procesos constitucionales de dichos países del resto de las experiencias latinoamericanas inspiradas en el “viejo” modelo constitucional europeo? y ¿cuáles son las características comunes a las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela?

Según Viciano y Martínez, los procesos constituyentes inspirados en el “viejo” constitucionalismo fueron orientados exclusivamente por “élites” y las constituciones que resultaron de ellos sólo cumplieron los objetivos que aquellas habían determinado: la organización del poder del Estado y el mantenimiento, en algunos casos, de los elementos básicos de un sistema democrático “formal”¹³. En cambio, las experiencias venezolana, boliviana y ecuatoriana fueron precedidas y originadas por (supuestas) movilizaciones populares que demostraron la urgencia de convocar las asambleas constituyentes (*necesidad constituyente*) y, además, se promovieron referendos populares tanto para activar los procesos constituyentes como para aprobar los textos constitucionales finales (*legitimidad democrática*)¹⁴.

Dichos autores advierten que si bien cada una de las experiencias constitucionales en cuestión «se conforma en sí misma como un modelo teórico-práctico diferente del resto de los procesos

tesis en común entre el *nuevo constitucionalismo latinoamericano* y el constitucionalismo “popular” son: la propensión a apoyar el autogobierno – la prevalencia de la voluntad popular sobre la voluntad de los órganos representativos – y la tendencia a evadir, en la medida de lo posible, los así llamados “controles contramayoritarios”. Pero sobre todo, su rechazo al “elitismo” del que acusan al constitucionalismo liberal y la apuesta por la recuperación de los valores de la “cultura popular”. Ambos proyectos tendrían en común, entonces, el favorecer «una mayor participación popular en la adopción de las decisiones políticas y económicas relevantes» y «dotar a los textos constitucionales de contenidos impregnados de valores culturales». Cfr. SALAZAR 2013, 70 s.. Sobre este tema consúltese a GARGARELLA 2010, 250-262; KRAMER 2004.

¹¹ VICIANO, MARTÍNEZ 2010, 19.

¹² VICIANO, MARTÍNEZ 2010, 19.

¹³ VICIANO, MARTÍNEZ 2010, 22 s..

¹⁴ Sin embargo, se olvida que, algunas experiencias europeas, como es el caso la constitución de Italia, han seguido procesos similares. En 1947 los ciudadanos italianos fueron convocados a elecciones a sufragio universal, para conformar a la asamblea constituyente (elegida mediante un método proporcional) y se realizó un referendo confirmatorio para la aprobación del texto constitucional vigente hasta nuestros días.

constituyentes»¹⁵ es posible identificar en las constituciones a las que dieron origen un conjunto de factores comunes, los cuales pueden ser clasificados, a su vez, en rasgos *formales* y rasgos *materiales*. Los *rasgos formales* comunes a las nuevas constituciones son: su originalidad (tienen un carácter innovador); su amplitud (tienen un articulado extenso); su complejidad (conjuga elementos técnicamente complejos con un lenguaje asequible); su pronunciada rigidez (se fortalecieron las reglas para reformar las constituciones)¹⁶. Mientras que entre sus características *materiales* destacan: el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos con miras a contrarrestar la desigualdad social (su *carácter reivindicatorio*); la introducción de formas de democracia directa y; el otorgamiento de diversas facultades al Estado en materia económica¹⁷.

En las siguientes líneas concentraré la atención en los aspectos que considero más sobresalientes:

i) *La introducción de principios ideológicos en los textos constitucionales*. Las cartas fundamentales de estos países redefinieron la naturaleza de los estados: en Estado constitucional en el caso de Ecuador, en República Bolivariana en el caso de Venezuela y en Estado Plurinacional en el caso de Bolivia (su *carácter transformador*). Ecuador es definido como un «Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico» (art. 1). Bolivia como un «Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías» (art. 1). Y la República Bolivariana de Venezuela como «libre e independiente que fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador», que se constituye, al mismo tiempo, en un

«Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político» (arts. 1 y 2).

Pareciera que la finalidad de introducir una amplia gama de principios ideológicos en las cartas constitucionales de dichos países responde a la necesidad de recoger las múltiples aspiraciones, ideas, valores y proyectos de los actores involucrados en los procesos constituyentes. Si bien la constitucionalización de dichas disposiciones puede ser vista como una solución pragmática a las disensiones y desacuerdos entre los actores que participaron en los procesos constituyentes, es posible que, al mismo tiempo, se hayan sentado las bases para conflictos futuros, esta vez jurídicos, en tanto que las disputas políticas han sido trasladadas a los propios textos constitucionales¹⁸.

¹⁵ VICIANO, MARTÍNEZ 2010, 26.

¹⁶ VICIANO, MARTÍNEZ 2010, 26-32.

¹⁷ VICIANO, MARTÍNEZ 2010, 34-38.

¹⁸ SALAZAR 2013, 66. Algunos autores incluso han afirmado que, los nuevos textos constitucionales de Bolivia, Ecuador y Venezuela, han dado origen a un *constitucionalismo de transición*, que busca solucionar o resolver los problemas sociales mediante la actuación de nuevos procesos constituyentes. Cfr. SANTOS 2007, 39. Sin embargo, Gargarella y Courtis advierten que la inclinación a recurrir a reformas constitucionales como solución a cuestiones de política coyuntural tiene un efecto institucional pernicioso: con cada cambio importante del balance de las fuerzas políticas se produce un impulso para introducir nuevas modificaciones a la constitución, bajo el argumento de que las reivindicaciones de esas fuerzas también merecen una consagración constitucional, y de que, de todos modos, otros ya lo han hecho antes. Cfr. GARGARELLA, COURTIS 2009, 17. La coyuntura actual de Venezuela podría ser un claro ejemplo de la falibilidad de la aspiración a resolver los problemas sociales, políticos y económicos de un país mediante la modificación a la constitución.

Por otra parte, la incorporación de principios pertenecientes a las más variadas tradiciones, ideologías y cosmovisiones representan un desafío para los interpretes, ejecutores y aplicadores del derecho, quiénes no sólo tendrán que dotar de sentido a dichas disposiciones sino, además, trazar sus límites e intentar armonizarlas. Dichas disposiciones, abiertas a las interpretaciones más diversas (y algunas veces incompatibles o en tensión entre ellas, como el reconocimiento de la “libertad” y la “ética” en el texto venezolano), pueden llevar a la generación de aporías y contradicciones que no juegan en favor de la certeza y seguridad jurídicas de los ciudadanos: cuanto mayor es la indeterminación e imprecisión de la ley, mayor es el poder discrecional de sus intérpretes.

ii) *El reconocimiento de un amplio catálogo de derechos.* En los textos constitucionales de los países en cuestión se introdujo una profusa lista de derechos (culturales, étnicos, sociales y/o económicos) a los individuos pero también a sujetos colectivos (como los pueblos indígenas) e incluso a entes abstractos (como la naturaleza). En los tres países, además de los derechos de libertad, civiles y políticos, se ampliaron los derechos sociales (como el derecho a la alimentación, a la vivienda, a la educación, al trabajo, a la salud y seguridad social) y se incluyeron otros derechos “vanguardistas” como el derecho al deporte, a la recreación y a la cultura (en Venezuela) así como el derecho al agua y un medio ambiente saludable (en Bolivia y Venezuela). En los tres casos se reconocen, además, derechos específicos a determinados sujetos colectivos como las familias y otros actores como las personas adultas mayores, los niños, las personas con discapacidad o necesidades especiales, las mujeres embarazadas (en Ecuador), los consumidores (en Bolivia y Ecuador) y las personas con enfermedades catastróficas (en Ecuador).

Uno de los objetivos centrales del *nuevo constitucionalismo latinoamericano* ha sido la integración de aquellos grupos que, históricamente, han sido discriminados y marginados de la vida política y social, como es el caso de los pueblos indígenas. El texto constitucional de Venezuela mandata una protección especial a los pueblos y comunidades indígenas (art. 119 y ss.) por lo que hace a su organización social, política y económica, sus usos y costumbres, su derecho a la propiedad colectiva de la tierra, entre otros. Por su parte, Ecuador reconoce un conjunto de derechos colectivos a «las comunas, comunidades y nacionalidades indígenas», de conformidad con la constitución, los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 57). El caso más emblemático en esta materia es Bolivia. La constitución de ese país establece cuotas parlamentarias indígenas (art. 146, VII), la «justicia indígena originaria campesina» colocada al mismo nivel que la justicia ordinaria (arts. 190-192), un Tribunal Constitucional plurinacional, parte de cuyos miembros deben ser indígenas (art. 197), un órgano electoral plurinacional con representación indígena (art. 205-208) y un modelo económico social comunitario basado en la cosmovisión indígena (art. 307). Entre los derechos de las *naciones y pueblos indígenas originario campesinos* destacan: el derecho a su identidad cultural, a sus creencias religiosas, a su espiritualidad, a sus prácticas y costumbres, a su propia cosmovisión, a su libre determinación y territorialidad, a la titularidad colectiva de tierras y a la protección de sus lugares sagrados (arts. 30-32).

Sin duda, una de las innovaciones más llamativas de la constitución ecuatoriana es que reconoce una serie de derechos a la naturaleza, la “Pacha Mama”, como «el derecho a que se respete íntegramente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y proceso evolutivos» (art. 71), así como su derecho a la “restauración” (art. 72)¹⁹. Correspondiendo a las personas, comunidades, pueblos o nacionalidades exigir a la autoridad pública

¹⁹ El texto constitucional ecuatoriano (art. 72, párr. *in fine*) señala expresamente que en «los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas».

el cumplimiento de los derechos de la naturaleza²⁰. Pero, como advierte Pedro Salazar, ¿en qué sentido puede decirse que la *Pacha Mama* o la naturaleza tiene una expectativa o que no le sea causada una lesión?, ¿cuál es el contenido de ese derecho?, ¿quién es el sujeto obligado al que le corresponde satisfacer la expectativa o que debe abstenerse de lesionar a la naturaleza?²¹.

Como puede observarse, el así llamado *nuevo constitucionalismo latinoamericano* se ha caracterizado por su vocación incluyente, esto es, por el reconocimiento de derechos orientados a combatir la exclusión y la desigualdad sociales. Sin embargo, resulta necesario reflexionar si la decisión de incluir una larga lista de derechos conduce, necesariamente, a una mayor exigibilidad de los mismos – según posiciones como la de Gargarella y Courtis²² – o, más bien, supone una menor capacidad del Estado para hacer efectivos dichos derechos – como sugiere Pedro Salazar²³. No sólo porque resulta más difícil proteger y garantizar un mayor número de derechos sino también porque se han multiplicado los titulares de esos derechos, las vías para enderezar los reclamos y los sistemas normativos destinados a la impartición de justicia²⁴.

Por último, conviene resaltar uno de los efectos jurídicos de este tipo de medidas, poco advertido por los juristas del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*. La introducción de amplios catálogos de derechos y principios ideológicos abstractos – que fueron comentados en el punto anterior – en las cartas fundamentales de esos países colocan a los jueces responsables de velar por la vigencia de las constituciones en una posición privilegiada (desde un punto de vista jurídico pero también político) para determinar, mediante sus interpretaciones, el contenido, los efectos y alcances jurídicos de los mismos²⁵.

iii) *La previsión de diversos mecanismos de participación ciudadana*. Las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela se caracterizan por la inclusión de diversos y variados mecanismos de *democracia directa* – como se le denomina en Ecuador (art. 95) – o de *democracia participativa* – como es nombrada en Venezuela (art. 70) y Bolivia (art. 11). Las cartas constitucionales de esos países contemplan: las iniciativas de ley promovidas por los ciudadanos, las consultas populares, los referendos, la revocación de mandato de los órganos electivos y hasta la elección popular de las cortes constitucionales (en el caso boliviano). En Venezuela los referendos tienen un papel central. La constitución de ese país prevé todo tipo de referendos: consultivos (sobre materias de especial trascendencia nacional, estatal, parroquial y municipal) (art. 71), revocatorios (para todos los cargos y magistraturas de elección popular) (art. 72), aprobatorios (de leyes pero también de tratados,

²⁰ Artículo 71 constitucional de Ecuador: «La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos, se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema».

²¹ SALAZAR 2013, 62.

²² Gargarella y Courtis reconocen que presenciamos una “inflación” de derechos, muchos de ellos de difícil o imposible satisfacción. Sin embargo estiman que con la expansión del apartado de los derechos de los nuevos textos, varios de los reclamos de la sociedad han adquirido un *status* constitucional, un respaldo en estas constituciones, permitiéndoles litigar sus causas de modo exitoso ante los tribunales. Cfr. GARGARELLA, COURTIS 2009, 32.

²³ SALAZAR 2013, 71.

²⁴ SALAZAR 2013, 71.

²⁵ SALAZAR 2013, 75. Es importante resaltar que el “protagonismo jurisdiccional” entra en tensión con uno de los presupuestos del “nuevo constitucionalismo latinoamericano”: el deseo de colocar la voluntad constituyente por encima de los poderes constituidos. Puesto que «los jueces constitucionales podrían terminar apoderándose del contenido constitucional e imponiendo su voluntad al resto de los poderes constituidos y, por lo mismo, a la comunidad política en su conjunto». SALAZAR 2013, 75.

convenios y acuerdos internacionales) (art. 73) y abrogatorios (de leyes y decretos presidenciales) (art. 74). Cada uno de los cuales cuenta con sus propias modalidades de activación y actuación.

La introducción de estas medidas son vistas como una manera de mantener vigente la así llamada “voluntad popular”, en consonancia con una de las principales apuestas del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*: «la búsqueda de instrumentos que recompongan la perdida (o nunca lograda) relación entre soberanía y gobierno»²⁶. Parece subsistir la idea de que para mantener el orden democrático es necesario activar mecanismos de “democracia directa” o, dicho en otras palabras, la consultación “directa” del “pueblo”. Pero habría que preguntarnos si mayor participación necesariamente quiere decir más democracia. Regresaré sobre este punto más adelante.

iv) *La inclusión de mecanismos para “robustecer” la rigidez constitucional*. En las cartas fundamentales de Bolivia, Ecuador y Venezuela se han introducido diversos mecanismos como los referendos populares para reformar la constitución²⁷ y las asambleas constituyentes para aquellas modificaciones que impliquen cambios sustantivos al texto constitucional o, bien, la aprobación de una nueva constitución²⁸.

Este tipo de disposiciones tienden a colocar la voluntad constituyente por encima de las decisiones de los poderes constituidos. O, dicho en otros términos, a «prohibir que los poderes constituidos dispongan de la capacidad de reforma constitucional por ellos mismos»²⁹. La finalidad de esta fórmula – según sus promotores – es conservar «en mayor medida la fuerte relación entre la modificación de la constitución y la soberanía del pueblo»³⁰. Algunos de los partidarios del *nuevo constitucionalismo* han llegado a sostener que este modelo de *rigidez constitucional* busca, no tanto la perdurabilidad de las constituciones como, dotar de *legitimidad democrática* a los textos constitucionales, mediante la inclusión de la participación ciudadana³¹.

3. *La parte orgánica de las constituciones de Venezuela, Bolivia y Ecuador*

Sin embargo, por más de una década, los autores del así llamado *nuevo constitucionalismo latinoamericano* han presentado una lectura parcial de las constituciones de Venezuela, Bolivia y

²⁶ VICIANO, MARTÍNEZ 2011, 34.

²⁷ Cfr. los arts. 441 y 443 de la constitución de Ecuador, los arts. 340-346 de la constitución de Venezuela y el art. 411 de la constitución de Bolivia.

²⁸ Cfr. el art. 444 de la constitución de Ecuador, los arts. 347-350 de la constitución de Venezuela y el art. 411 de la constitución de Bolivia.

²⁹ VICIANO, MARTÍNEZ 2010, 32.

³⁰ VICIANO, MARTÍNEZ 2010, 32. Según estos autores, a esta misma finalidad responde la extensión de los textos constitucionales de esos países: «la permanencia de la voluntad del constituyente, que busca ser resguardada en la medida de lo posible para evitar su olvido o su abandono por parte de los poderes constituidos, una vez que la Constitución ingrese en su etapa de *normalidad*». VICIANO, MARTÍNEZ 2010, 30. En palabras de Viciano y Martínez: «la extensión considerable en el nuevo constitucionalismo latinoamericano se debe a la necesidad del poder constituyente de expresar claramente su voluntad, lo que técnicamente puede desembocar en una mayor cantidad de disposiciones, cuya existencia busca limitar las posibilidades de los poderes constituidos – en particular, el parlamento, que ejerce la función legislativa, y el Tribunal Constitucional, que desarrolla la máxima función interpretativa – de desarrollar o desentrañar el texto constitucional en sentido contrario a la que fue la voluntad constituyente». VICIANO, MARTÍNEZ 2010, 31.

³¹ VICIANO, MARTÍNEZ 2010, 33. Desde la promulgación de las constituciones de esos países hemos asistido a la realización de diversos referendos constitucionales: la propuesta de reforma constitucional en Venezuela de diciembre de 2007, que no prosperó, y la “enmienda” constitucional aprobada en 2009; las “enmiendas” constitucionales de Ecuador en el 2011 y; la repudiada propuesta de reforma que pretendía introducir la reelección consecutiva del presidente en Bolivia a inicios de 2016.

Ecuador. Mientras ellos han focalizado su reflexión en el supuesto “halo de legitimidad democrática” que reviste a las constituciones de esos países y los “avances” en materia de derechos, han desviado la atención de la dimensión orgánica de dichas cartas que regula los mecanismos y las instituciones para organizar y limitar el poder político.

El “descuido” no es menor, porque la parte orgánica de dichos textos constitucionales empuja en dirección contraria a la que promueve su dimensión ideológica. Los documentos constitucionales de esos países, al mismo tiempo que han avanzado en el tema de los derechos y han constitucionalizado mecanismos de participación ciudadana, han favorecido la concentración del poder en las manos de los presidentes y han terminado por minimizar y, en algunos casos, desvanecer, los contrapesos institucionales al “poder ejecutivo”³².

La prevalencia del poder ejecutivo sobre los otros poderes legislativo y judicial no ha pasado tanto por un incremento explícito (al menos no a nivel constitucional) de las facultades y/o atribuciones del primero (relacionadas con el manejo de administración pública, la dirección de las relaciones diplomáticas, el nombramiento de los altos funcionarios de gobierno etc.) que caracterizan a los estados presidenciales³³ como por diversas modificaciones que han debilitado (o desplazado) a los segundos. El predominio del poder ejecutivo ha sido posible mediante vías directas e indirectas. Entre las primeras destaca la reelección inmediata y, a veces, indefinida del cargo presidencial, mientras que entre las segundas se encuentra la promoción de reformas legales y constitucionales para contrarrestar el poder de los órganos legislativos, desplazar a los partidos políticos y neutralizar a las autoridades electorales (administrativos y jurisdiccionales) y órganos de control constitucional.

i) *Reelección inmediata del presidente*. Bolivia, Ecuador y Venezuela son algunos de los países latinoamericanos que, en los últimos años, han eliminado las restricciones a la reelección presidencial, permitiendo a los “ejecutivos” de esos países conservar su cargo durante varios mandatos consecutivos o incluso de manera vitalicia.

Las pulsiones “reeleccionistas” en estos países han despertado la preocupación por el estado de las democracias en América Latina porque – se dice – se trata de una figura que alimenta la personalización de la política, acentúa la concentración de poder del vértice del ejecutivo y supone una ventaja indebida para los presidentes en funciones frente a los demás candidatos³⁴.

Si bien la reelección no es en sí misma una medida antidemocrática – pues ésta permite a los ciudadanos “premiar” o “castigar” el desempeño de sus representantes mediante su voto – sí lo es el cambio de reglas a mitad del juego para beneficiar directamente a los gobernantes en turno. Este ha sido el caso de Hugo Chávez en Venezuela (2009), de Rafael Correa en Ecuador (2009), de Evo Morales en Bolivia (2013) y también del actual presidente de Nicaragua, Daniel Ortega, quien gracias a una reforma constitucional de 2014 podrá contender por tercera vez consecutiva en los comicios de este año. Pero además, la reelección se convierte en una perversión a la democracia cuando carece de

³² Pedro Salazar sostiene que, desde el punto de vista orgánico, las constituciones del *nuevo constitucionalismo latinoamericano* han combinado mecanismos democráticos de participación popular con un diseño fuertemente presidencialista. Tanto que si buscáramos un símil de ellas en el mundo de las especies animales, éstas serían una especie de “ornitorrinco jurídico”. Cfr. SALAZAR 2013, 84.

³³ Aunque, en el caso venezolano sí es posible observar un aumento de las facultades legislativas del presidente. En ese país, además de las típicas facultades de iniciativa de ley y de veto, el presidente puede emitir todo tipo de *decretos-ley*, previa autorización por una ley que así lo habilite, según el propio texto constitucional (art. 236.8). Además, puede promover decretos sobre la organización de la administración pública ministerial, lo cual antes era una atribución del poder legislativo (art. 236.20) y dictar medidas extraordinarias, con el concurso del legislativo, en materia económica y financiera (arts. 236.13 y 314). Cfr. BREWER-CARÍAS 2008a, 967.

³⁴ Sobre este tema véase ZOVATTO, OROZCO 2008, 94-100; TREMINIO 2013, 59-85.

limitaciones temporales, como en el caso venezolano y, recientemente también, en Ecuador³⁵, ya que dificulta la rotación y renovación en el poder de las clases políticas.

ii) *El debilitamiento del poder legislativo*. La atribución de la función legislativa a dos cámaras distintas, responde al principio de división del poder, que funciona como un freno y contrapeso, no sólo entre ellas mismas sino también, respecto al poder ejecutivo. Sin embargo, tanto en Venezuela como en Ecuador se han instaurado parlamentos unicamerales. La actual Asamblea Nacional venezolana (conformada por 165 diputados) sustituyó al antiguo Congreso de la República, un órgano bicameral compuesto por 52 senadores (elegidos mediante el principio de proporcionalidad) y 207 diputados (elegidos mediante el «sistema de representación proporcional personalizada», según cual la mitad de la cámara era elegida por el principio de mayoría y la otra por el principio de representación proporcional)³⁶. Con la supresión del senado en Venezuela, nos encontramos con la paradoja de que en ese país subsiste un sistema federal con un parlamento unicameral en el que los estados no tienen representación alguna³⁷.

Además, la articulación y mantenimiento de los sistemas electorales mixtos (prevalentemente mayoritarios) para integrar los órganos legislativos³⁸ ha dado como resultado la vigencia de sistemas de partidos dominantes. En esos países, los partidos *oficialistas* – los partidos que respaldan a los titulares del poder “ejecutivo” – han contado con abrumadoras mayorías en las asambleas constituyentes – convocadas por los mismos presidentes en turno – y en las asambleas nacionales, que les permiten no sólo aprobar reformas a las leyes sino también modificar la constitución “en solitario”, sin la intervención de las minorías. En los últimos años, los legislativos de esos países, especialmente en Venezuela³⁹ y Ecuador, han tendido a comportarse como “cajas de resonancia” de las decisiones

³⁵ A finales del año pasado, la Asamblea Nacional de Ecuador aprobó un paquete de “enmiendas” constitucionales promovidas por el partido oficialista Alianza País, entre las cuales se introdujo la reelección indefinida de todos los cargos de elección popular, incluyendo el de presidente de la República. Cfr. *Registro oficial* no. SAN-2015-2378 del 18 de diciembre de 2015.

³⁶ Sobre el sistema político venezolano cfr. BREWER-CARÍAS 2008a, 953-1019.

³⁷ De acuerdo con Brewer-Carías, a pesar de las floridas disposiciones que contiene la constitución venezolana (de 1999) sobre la división y distribución del poder, el sistema político que resultó es un sistema de concentración extrema del poder en manos del Ejecutivo, y de centralismo de Estado a pesar del ropaje federal que continúa postulando. «El sistema de gobierno al amparo de la Constitución se tornó mucho más presidencialista, al haberse consolidado el predominio exacerbado del Poder Ejecutivo sobre los otros poderes públicos por el control que ha ejercido sobre el partido de gobierno, habiendo pasado a dominar políticamente a la Asamblea Nacional, la cual, además, desde 2000, es unicameral. A través de ello, el Poder Ejecutivo ha concentrado más poder, controlando políticamente todos los demás poderes del Estado, particularmente del Poder Judicial y el electoral, con lo que los problemas de gobernabilidad, representatividad y control se han agravado y la participación se ha convertido en una ilusoria movilización popular, dada la centralización del poder en perjuicio de la Federación y de los municipios». Cfr. BREWER-CARÍAS 2008a, 956.

³⁸ La Asamblea Nacional de Venezuela está compuesta por 167 diputados: 113 son elegidos por el principio de mayoría, 51 por el principio de proporcionalidad (de acuerdo al método D’Hont) y 3 más están reservados para las comunidades indígenas cuya elección se lleva separadamente. La Asamblea Nacional de Ecuador está integrada por 124 diputados: 109 son elegidos por el sistema de mayoría (6 de los cuales están reservados para la representación de los ecuatorianos en el extranjero) y 15 por el principio de representación proporcional. La Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia es bicameral. Los miembros de la Cámara de Diputados también son elegidos mediante un sistema electoral mixto: 68 por mayoría simple, 53 mediante un sistema proporcional a doble cociente y 7 están reservados para los indígenas en circunscripciones especiales; el Senado, compuesto por 27 miembros en total, es elegido mediante el principio de mayoría. Cfr. Inter-Parliamentary Union Database (<http://www.ipu.org/parline-e/parlinesearch.asp>, consultado el 23 de mayo de 2016).

³⁹ Sin embargo, es necesario advertir que en Venezuela, después de casi dos décadas de gobierno “chavista”, esta situación ha sido revertida en las elecciones parlamentarias del 2015. La coalición opositora al gobierno, la Mesa de la Unidad Democrática (MUD), obtuvo el 70% de los escaños en la Asamblea Nacional (112 de las 165 diputaciones que la conforman).

del “ejecutivo”: en Ecuador, por ejemplo, el partido creado por el presidente de la república cuenta con más de dos tercios de las diputaciones que conforman a la asamblea⁴⁰.

iii) *Desplazamiento de los partidos políticos*. La regulación jurídica de estas instituciones ha visto importantes cambios en los últimos años. En primer lugar, se han introducido diversos entes colectivos para competir por los cargos de elección popular, que pretenden ser “alternativos” a los partidos políticos tradicionales. Dichas figuras generalmente, deben cumplir requisitos *más flexibles* (sino es que menos, en algunos casos, que) los exigidos a los partidos políticos⁴¹. En Bolivia pueden presentar candidatos de elección pública también los *pueblos indígenas originario campesinos* y las *agrupaciones ciudadanas* (art. 209). Mientras que en Ecuador, dicha facultad corresponde – a la par de los partidos – a los así llamados *movimientos políticos* (arts. 108 y 109).

Sin duda, Venezuela tiene el esquema de participación política más variado. En este país el término “partidos políticos” ha sido suprimido del texto constitucional y reemplazado por la expresión (más genérica) de “asociaciones con fines políticos” (art. 67). De acuerdo a la *Ley Orgánica de Procesos Electorales* (2009) tienen derecho a postular candidatos para los procesos de elección popular: las *organizaciones con fines políticos*, los *grupos de electores*, las *comunidades u organizaciones indígenas* y los ciudadanos mediante las *candidaturas independientes*. La introducción de estas figuras tuvo la intención de superar el esquema de la así llamada “partidocracia” y fomentar una democracia más participativa⁴². En palabras de la Sala Electoral del Tribunal de Justicia:

«En efecto, entre las tendencias más notables que inspiran esta carta magna se encuentra la de ampliar el ámbito de participación de la sociedad civil en la gestión pública mucho más allá de los mecanismos tradicionales limitados al sufragio activo y pasivo, y también rebasando la tendencia hasta ese entonces, de encauzar toda forma de actividad política mediante los partidos políticos, debido a que resultaba notoria la pérdida progresiva de la re-presentación de los ciudadanos que ostentaban las organizaciones políticas tradicionales durante la vigencia del sistema constitucional recientemente derogado, situación está que motivó la necesidad de buscar un diseño constitucional alternativo, el que quedó reflejado en una nueva concepción de la participación política en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela»⁴³.

En estos países, los “partidos” tienden a ser considerados con recelo, como mecanismos que han servido para bloquear, desviar e incluso cancelar la voluntad popular. Por lo que la introducción de figuras alternativas para presentar candidaturas (las *organizaciones indígenas*, las *agrupaciones ciudadanas*, los *movimientos políticos*, los *grupos de electores* y las *candidaturas independientes*) tiende a ser interpretada positivamente, como una forma de superar la crisis de legitimidad de los “partidos políticos tradicionales” y ampliar la participación ciudadana.

Sin embargo, pocos advierten los efectos de la aplicación de un modelo de participación política como éste en conjugación con sistemas electorales mixtos. La multiplicación de dichas formas participativas podría hacernos pensar en una proliferación de opciones políticas. Para 2014 en Ecuador, por ejemplo, estaban habilitadas para participar en los comicios de los diferentes ordenes de gobierno alrededor de 136 organizaciones políticas: 10 de carácter nacional, 45 provinciales, 72

⁴⁰ Cfr. Inter-Parliamentary Union Database http://www.ipu.org/parline-e/reports/2095_E.htm. Consultado el 1 de septiembre de 2016.

⁴¹ Sobre la regulación de los partidos políticos en América Latina cfr. ZOVATTO 2006, en particular 3-187.

⁴² Diario de debates de la Asamblea Nacional Constituyente, de 24 de octubre de 1999. Citado por BREWER-CARÍAS 2008b, 901.

⁴³ Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia núm. 71 de 23 de junio de 2000. Citado por BREWER-CARÍAS 2008b, 901.

cantonales y 9 parroquiales⁴⁴. No obstante, la multiplicación de las opciones políticas no ha implicado necesariamente una mayor representación de las mismas en las instancias de elección popular. En las últimas elecciones legislativas (2013) de ese país, participaron 11 organizaciones políticas nacionales, pero nada menos Alianza País obtuvo 100 de los 137 escaños que componen a la asamblea nacional, con tan sólo 52% del total de los votos⁴⁵. Lo mismo puede decirse de Bolivia. Para 2009, en ese país existían 14 partidos, una alianza política y dos agrupaciones a nivel nacional. Sin embargo, sólo cuatro de ellos tenían representación parlamentaria: el partido oficialista Movimiento al Socialismo (MAS), Plan Progreso para Bolivia-Convergencia Nacional (PPB-Convergencia), Frente de Unidad Nacional (UN) y Alianza Social (AS)⁴⁶. Tanto en los comicios de ese año como en las elecciones de 2014, MAS contó con más de las dos terceras partes de la Asamblea Legislativa Plurinacional⁴⁷.

Conviene advertir que, la multiplicación de figuras para postular candidatos a elección popular tampoco significa, necesariamente, la oferta de una mayor pluralidad política entre las cuales los ciudadanos pueden elegir. Tendencialmente, las agrupaciones minoritarias han sido absorbidas por los partidos (o movimientos) mayoritarios y, por ende, paradójicamente, han acentuado la polarización política y reforzado el sistema de partidos dominantes en esos países. Venezuela es un ejemplo emblemático de este fenómeno. Se estima que, durante el período 1998-2013, han participado en los comicios presidenciales (1998, 2000, 2006, 2012 y 2013) y parlamentarios (1998, 2000, 2005 y 2010) entre 55 a 121 diferentes asociaciones políticas, según los datos tomados en consideración⁴⁸. Sin embargo, gran parte de estas organizaciones han sido agrupadas por los partidos más grandes: el Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV) ha reunido alrededor de 15 fuerzas políticas y la Mesa de la Unidad Democrática (MUD) ha fusionado cerca de 18 asociaciones diferentes. Las elecciones presidenciales de 2006 en ese país se caracterizaron por presentar la mayor participación de asociaciones políticas en los tiempos: en ese año se registraron alrededor de 75 organizaciones⁴⁹. No obstante, 23 de ellas se aliaron al Movimiento V República – el antiguo partido de Hugo Chávez – y otras 43 se unieron para contrarrestar a la posición oficialista dominante⁵⁰ y dar su respaldo al entonces candidato de la oposición, Manuel Rosales – quien se encuentra actualmente detenido, acusado por actos de corrupción y enriquecimiento ilícito durante su gestión (2000-2008) como gobernador del estado de Zulia.

La mayoría de las asociaciones de esos países más que representar alternativas reales de diversificación el espectro político, han quedado reducidas a meras maquinarias electorales temporales o, dicho en otras palabras, a organizaciones efímeras cuya única finalidad es postular candidatos en determinados procesos electorales.

En segundo lugar, ha sido suprimido el financiamiento público a los partidos políticos. Ni en Bolivia ni Venezuela existe algún tipo de financiamiento estatal para que los partidos compitan en las elecciones. En Bolivia, en 2008, a iniciativa del partido oficialista, el MAS, se aprobó una ley electoral

⁴⁴ Consejo Nacional Electoral de Ecuador (<http://cne.gob.ec/es/institucion/sala-de-prensa/noticias/2781-136-organizaciones-politicas-habilitadas-en-el-registro-electoral>, consultado el 1 de septiembre de 2016).

⁴⁵ Cfr. Inter-Parliamentary Union Database. (http://www.ipu.org/parline-e/reports/2095_E.htm, consultado el 1 de septiembre de 2016).

⁴⁶ GILETTA, LIENDO 2010, 12.

⁴⁷ Cfr. Inter-Parliamentary Union Database. (http://www.ipu.org/parline-e/reports/2037_E.htm, consultado el 1 de septiembre de 2016).

⁴⁸ MINGON 2014, 4.

⁴⁹ MINGON 2014, 13.

⁵⁰ Algo similar sucedió en las recientes elecciones parlamentarias de 2015. El triunfo de la coalición opositora, la MUD, puede explicarse, en cierta medida, porque logró reunir un total de 12 fuerzas políticas distintas: Primero Justicia, Acción Democrática, Un Nuevo Tiempo, Voluntad Popular, Movimiento Progresista de Venezuela, La Causa R, Avanzada Progresista, Cuentas Claras, Proyecto Venezuela, Vente Venezuela, Convergencia y ABP.

ad hoc para los comicios del año siguiente, que eliminaría las subvenciones estatales a los partidos políticos⁵¹. Por su parte, a partir de 1999, la constitución bolivariana de Venezuela señala expresamente que «no se permitirá el financiamiento a las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado» (art. 67). En este país, no existe ningún límite al monto de las contribuciones de origen privado y se permiten, sin restricciones, las donaciones de individuos o personas jurídicas⁵².

Bolivia y Ecuador son los dos países en América Latina en los que las contribuciones privadas son el único medio de financiamiento político. El problema es que este modelo más allá de minar la equidad en las contiendas electorales, compromete la autonomía de los partidos políticos, al hacerlos depender de los poderes privados. El uso de recursos privados para financiar las campañas políticas, es capaz de introducir distorsiones importantes en el proceso democrático: por un lado, una desigual distribución (o disposición) de recursos incide sobre las posibilidades reales de los partidos y los candidatos para llevar su mensaje a los votantes; por el otro, el dinero privado confiere a los individuos y a los grupos sociales una posibilidad diferenciada de participar en las elecciones y ejercer su influencia sobre los candidatos y los partidos, a través de sus contribuciones. «Cuando el poder político simplemente es un espejo del poder económico, el principio de “una persona, un voto” pierde su significado»⁵³.

iv) *Neutralización de las autoridades electorales y los órganos de control constitucional*. En estos países se han buscado diversas medidas para contrarrestar el (supuesto) carácter “elitista” de esas instituciones. En ninguno de los países en cuestión, por ejemplo, los máximos órganos jurisdiccionales (tanto electorales como constitucionales) cuentan con la garantía de *definitividad* en el cargo, por lo que pueden ser removidos (Venezuela)⁵⁴, cesados (Bolivia)⁵⁵ o destituidos (Ecuador)⁵⁶ por diversas sendas procedimentales, con la intervención de los órganos legislativos.

No obstante, la medida más emblemática es la decisión de introducir las elecciones populares para seleccionar a los integrantes de los órganos jurisdiccionales en Bolivia⁵⁷.

La constitución de ese país prevé la elección por sufragio universal (y por mayoría simple) de los miembros: del Tribunal Constitucional Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia – máximo órgano de la jurisdicción ordinaria – y el Tribunal Agroambiental, así como del Consejo de la Magistratura – órgano responsable del régimen disciplinario de la jurisdicción ordinaria, agroambiental y jurisdicciones especializadas. La premisa sobre la descansa la introducción de esta medida puede ser resumida así: «a mayor grado de soberanía popular en la elección de los Jueces, mayor grado de independencia judicial, calidad e imparcialidad en la decisión jurisdiccional»⁵⁸. No obstante, es válido cuestionarse sobre la consistencia de este razonamiento y la pertinencia de usar un mecanismo electivo para integrar órganos que por su propia naturaleza no son representativos. En primer lugar, porque la elección de los jueces puede favorecer la “politización” de los máximos órganos jurisdiccionales⁵⁹.

⁵¹ De acuerdo con Salvador Romero Ballivián ello provocó que las elecciones de 2009 fueran uno de los procesos menos equitativos de la historia de Bolivia, el cual, además, estuvo caracterizado por una fuerte presencia gubernamental en las campañas a favor de Evo Morales. Cfr. ROMERO 2011, 115.

⁵² Cfr. VIRTUOS 2011, 533-546.

⁵³ Cfr. CASAS, ZOVATTO 2011, 18.

⁵⁴ Arts. 264 y 296 de la constitución de Venezuela.

⁵⁵ Arts. 159 (11), 160 (6), 200 y 206 de la constitución de Bolivia.

⁵⁶ Arts. 222 y 431 de la constitución de Ecuador.

⁵⁷ Se trata de un sistema de selección único en la región latinoamericana, pero con algunos antecedentes. En América Latina, el sufragio para elegir a los jueces se implementó en México en la Constitución de 1857 y en los textos constitucionales de Nicaragua y Honduras del siglo XIX. Cfr. CORTEZ 2014, 290.

⁵⁸ Comunicado personal de Rebeca Delgado (Ex presidente de la Comisión Judicial No. 6 de la Asamblea Constituyente en Bolivia). Citado por CHIVI 2010, 417.

⁵⁹ Para Luigi Ferrajoli, el carácter electivo de los magistrados, presente también en la experiencia constitucional norteamericana, contradice la fuente de legitimidad de la jurisdicción. Para él, el fundamento de legitimidad de la

Si bien también las organizaciones de la sociedad civil y los pueblos indígenas pueden proponer candidaturas, corresponde a la Asamblea Legislativa Plurinacional hacer la preselección de los candidatos a ministros y magistrados para integrar el Tribunal Constitucional Plurinacional y el Tribunal Supremo Electoral, respectivamente⁶⁰. Es importante no perder de vista que, desde 2009 hasta la fecha, el actual presidente de Bolivia, Evo Morales, cuenta con el apoyo de una gran mayoría (casi el 70% de diputados y senadores) en la asamblea legislativa, por lo que cabría esperar la elección de ministros y magistrados electorales afines a la orientación del titular del órgano “ejecutivo”.

Ahora bien, las anteriores no han sido las únicas maneras de incrementar el poder de los titulares del ejecutivo. En las siguientes páginas me detendré en uno de los aspectos que han sido enarbolados por los teóricos del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*: la pretendida *rigidez constitucional* de las cartas fundamentales de Bolivia, Ecuador y Venezuela.

4. *Las vías para modificar a la constitución en Bolivia, Ecuador y Venezuela*

Los autores que han estudiado las constituciones de estos países han resaltado el agravamiento de los procedimientos para modificar los textos constitucionales, ya que para “reformular” las constituciones no es sólo necesario el consenso de los parlamentos sino también su aprobación mediante referendos populares. Sin embargo, esto es cierto sólo en el caso de Bolivia, mas no en Ecuador y Venezuela.

En los tres países se contemplan tanto las “asambleas constituyentes”⁶¹ como las “reformas”⁶² constitucionales para modificar el contenido de las cartas fundamentales. La instauración de “asambleas constituyentes” tiene como objeto transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva constitución – como señala el texto constitucional venezolano⁶³ – o en otras palabras – como se expresa en la constitución de Bolivia⁶⁴ – reformar totalmente la constitución, que afecte sus bases fundamentales, la primacía y procesos de reforma constitucional, así como los derechos y garantías de los individuos. En los tres países, las asambleas constituyentes pueden ser convocadas por los ciudadanos, las asambleas nacionales y los titulares del poder ejecutivo. Sin

función jurisdiccional de garantía se basa, no en el consenso popular sino, en la naturaleza tendencialmente cognitiva de los presupuestos de la jurisdicción y su función de garantía de los derechos fundamentales, y por tanto, en el papel de contrapoder desarrollado por el poder judicial respecto a los demás poderes. Ambos fundamentos requieren de la separación tanto “orgánica” como “funcional” del poder judicial. Esto quiere decir, por un lado, que el titular de un determinado poder no debe ser designado ni removido por funcionarios de cualquier otro poder y, por otro, que no pueda sufrir la interferencia de otros en el ejercicio de sus funciones. La legitimidad de la jurisdicción depende no del consenso sino de la confianza de los ciudadanos en el papel que los primeros desempeñan: si bien «no hay garantía de los derechos sin jueces independientes, es también verdad, a la inversa, que solamente la efectividad de tales funciones vale para acreditar el valor de su independencia a los ojos de los ciudadanos. Solamente si los ciudadanos advierten a sus jueces como garantes de sus derechos, advertirán también su independencia como una garantía propia». Cfr. FERRAJOLI 2013b, 179.

⁶⁰ Arts. 182 (fracciones I y II), 183 (fracción II) y 198 de la constitución de Bolivia.

⁶¹ Art. 411 fracción primera de la constitución de Bolivia; art. 444 de la constitución de Ecuador; arts. 347-349 de la constitución de Venezuela.

⁶² Art. 411 fracción segunda de la constitución de Bolivia; art. 442 de la constitución de Ecuador; arts. 342-345 de la constitución de Venezuela.

⁶³ Art. 347 constitucional venezolano: «El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución».

⁶⁴ Art. 411, fracción primera, de la constitución boliviana: «La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo».

embargo, es importante notar que sólo en Ecuador y Bolivia es necesario realizar referendos populares para convocar a las asambleas constituyentes y aprobar los nuevos textos constitucionales⁶⁵.

Por su parte, el proceso de *reforma constitucional* tiene la finalidad de modificar parcialmente el texto constitucional. No obstante, conviene advertir que, mientras en Bolivia⁶⁶ este procedimiento sólo puede ser promovido por iniciativa popular o la asamblea nacional, en Ecuador⁶⁷ y Venezuela⁶⁸ dicha facultad corresponde también a los titulares de los órganos “ejecutivos”. En todos los casos, las reformas a la constitución requieren de su aprobación mediante referendo popular.

Sin embargo en Ecuador y Venezuela no existen dos sino tres vías para modificar al texto constitucional. En ellos está previsto, además, el procedimiento de “enmiendas” constitucionales⁶⁹. Los estudiosos del *nuevo constitucionalismo latinoamericano* no han advertido que en dichos países “enmendar” y “reformular” la constitución no son equivalentes jurídicamente.

Si bien es relativamente sencillo identificar cuándo estamos frente a la promulgación de una nueva constitución, en primer lugar, por la instauración de asambleas plenipotenciarias a tal efecto (conocidas como poderes constituyentes), es aún más difícil distinguir claramente entre una “reforma” y una “enmienda” constitucional, ya que ambas denotan modificaciones a la constitución por parte de un poder instituido (conocido también como poder de revisión constitucional) siguiendo los procedimientos establecidos en el propio texto constitucional. En dichos países, tanto las “reformas” como las “enmiendas” constitucionales pueden ser activadas, alternativamente, por el presidente de la república, las asambleas nacionales y la ciudadanía⁷⁰.

Pero ¿cuál(es) es(son) la(s) diferencia(s) entre una “reforma” y una “enmienda” constitucional? Los textos constitucionales de Ecuador y Venezuela son altamente imprecisas al respecto. De acuerdo al texto venezolano, las “enmiendas” tienen por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de la constitución «sin alterar su estructura fundamental»⁷¹, mientras que las “reformas” constitucionales significan una revisión parcial o una sustitución de una o varias de sus normas, siempre «que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto fundamental»⁷². Pero

⁶⁵ Art. 411, fracción primera, de la constitución boliviana: «La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio» Art. 444 de la constitución ecuatoriana: «La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos».

⁶⁶ Art. 411, fracción segunda, de la constitución boliviana: «La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio».

⁶⁷ Art. 442 constitucional ecuatoriano: «La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución tendrá lugar por iniciativa de la Presidenta o Presidente de la República, o a solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional».

⁶⁸ Art. 432, párrafo segundo, de la constitución venezolana: «La iniciativa de la Reforma de esta Constitución podrá tomarla la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes, el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; o un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral que lo soliciten».

⁶⁹ Art. 441 de la constitución de Ecuador y arts. 340-341 de la constitución de Venezuela.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Artículo 340 constitucional venezolano: «La enmienda tiene por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de esta Constitución, sin alterar su estructura fundamental».

⁷² Art. 342 constitucional venezolano: «La Reforma Constitucional tiene por objeto una revisión parcial de esta Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional».

¿cuál sería la diferencia entre modificar y revisar parcialmente una norma? y ¿cuál es el contenido de las expresiones “estructura” y “principios” fundamentales de la constitución? Todos estos términos carecen de una conceptualización constitucional.

En principio, pareciera que la diferencia entre “reformular” y “enmendar” la constitución no recae tanto en la finalidad de cada una de ellas como en sus límites. Tal parece ser la estrategia adoptada por la constitución ecuatoriana. Ésta se limita a señalar que la “reforma parcial” no debe suponer «una restricción en los derechos y garantías constitucionales» ni modificar «el procedimiento de reforma de la constitución»⁷³. Y que las “enmiendas” de uno o varios artículos de la constitución no debe establecer «restricciones a los derechos y garantías» ni modificar «el procedimiento de reforma de la constitución» ni «alterar su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado»⁷⁴. Pero, una vez más, ¿cuál es la diferencia de fondo entre unas y otras? En realidad, en las constituciones de estos países no hay parámetros certeros (al menos no a partir de los propios textos constitucionales de dichos países) para distinguir una hipótesis de la otra⁷⁵. Esta situación, no sólo juega en detrimento de la seguridad jurídica de los individuos sino además, deja una “carta abierta”, un poder discrecional a los jueces constitucionales para determinar, en última instancia, el procedimiento a seguir y los alcances de las modificaciones a la constitución en cada caso⁷⁶.

Por otra parte, desde un punto de vista procesal (o formal) también parece haber importantes diferencias entre una “reforma” y una “enmienda” constitucional. A diferencia de las “reformas” constitucionales, que siempre necesitan ser aprobadas en sede parlamentaria y mediante referéndum populares, existen dos vías distintas de aprobación de las “enmiendas” constitucionales, dependiendo de sus promotores.

Las “enmiendas” constitucionales solicitadas por las propias asambleas nacionales deben ser discutidas y aprobadas por la mayoría (de las dos terceras partes, en el caso ecuatoriano⁷⁷ y, por

⁷³ Art. 442 constitucional ecuatoriano: «La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución tendrá lugar por iniciativa de la Presidenta o Presidente de la República, o a solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional».

⁷⁴ Art. 441 constitucional ecuatoriano: «La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución». Podríamos decir que en Ecuador y Venezuela los poderes de “revisión de la constitución” además de estar *formalmente* limitados por la constitución – en tanto que debe seguir los procedimientos previstos por ésta – se encuentran *materialmente* limitados por los principios y valores fundamentales previstos en ella, esto es, el “coto vedado” según una fórmula conocida de Garzón Valdés. Cfr. GARZÓN VALDÉS 1993. Sin embargo, la falta de una determinación precisa de los mismos ha terminado por vaciarlos de sentido y, por ende, privarlos de toda efectividad, como ha acontecido en Ecuador, según se verá más adelante.

⁷⁵ Resulta altamente resbaladizo distinguir entre una “reforma” y una “enmienda” constitucional a la luz de las constituciones de Venezuela y Ecuador o, bien, definir un confin claro entre ellas sobre el que todos estemos de acuerdo. En las siguientes páginas podrán observarse algunas de las problemáticas provocadas por esta falta de distinción.

⁷⁶ Cuanto mayor e impreciso sea el catálogo de principios y valores fundamentales establecidos por una constitución, aumenta el margen de discreción de los jueces constitucionales para determinar su significado dada la abstracción que los caracteriza: «Ya lo sabía Kelsen: el poder de los jueces crece peligrosamente cuando las constituciones recogen conceptos controvertidos como los principios constitucionales. El coto vedado de la constitución se encuentra en sus manos. Desde esta perspectiva es posible afirmar que no es la supremacía normativa de la constitución la que conduce al control de constitucionalidad de las leyes, sino que es este control el que funda a la supremacía». Cfr. SALAZAR 2006, 194.

⁷⁷ De acuerdo con el art. 441, numeral segundo constitucional, la enmienda promovida por (un número no inferior a la tercera parte de) los miembros de la Asamblea Nacional seguirá este procedimiento: «El proyecto se tramitará en dos debates; el segundo debate se realizará de modo imposterizable en los treinta días siguientes al año de

mayoría simple, en el caso venezolano⁷⁸) de sus miembros. Sin embargo, esto no es necesario en las “enmiendas” promovidas por los ciudadanos o los presidentes: en éstos casos sólo se requieren de su aprobación mediante “referendos” populares.

Me detengo el último de los supuestos. En Venezuela y Ecuador, los titulares del poder ejecutivo pueden “enmendar” el texto mismo de la constitución a través de (lo que en sentido propio se califica como) plebiscitos⁷⁹. Los presidentes de estos países pueden “añadir” o “modificar” uno o varios artículos de la constitución convocando plebiscitos que así lo aprueben, sin la participación, mediación o intervención de los órganos legislativos. Es decir, sin ser sometidos a discusión o deliberación alguna en sede parlamentaria.

Tal supuesto no es una mera hipótesis de dogmática jurídica; ya ha sido accionado en uno de los países en cuestión. Me refiero a las “enmiendas” constitucionales aprobadas en Ecuador en el año de 2011, un ejemplo emblemático que nos ayuda a entender de qué manera ha funcionado esta figura. En mayo de 2011, en Ecuador fue posible “enmendar”, mediante un plebiscito⁸⁰ promovido por el actual presidente de ese país, Rafael Correa, diversos artículos de la constitución (sin ninguna discusión parlamentaria previa), cuyos efectos fueron: (i) modificar las reglas de la caducidad de la prisión preventiva; (ii) introducir medidas sustitutivas a la privación de la libertad; (iii) limitar la participación accionaria de empresas e instituciones financieras privadas en el ámbito financiero o comunicacional; (iv) sustituir al pleno de la judicatura por un órgano transitorio con la finalidad de reformar la función judicial y (v) modificar la composición del consejo de la judicatura. Pero también la modificación de diversas normas ordinarias en materia penal para: prohibir (vi) los juegos de azar (como casinos y salas de juego) y (vii) los espectáculos que tengan como finalidad la muerte de algún animal; tipificar como delitos (viii) el enriquecimiento privado no justificado y (ix) la no afiliación a la seguridad social de los trabajadores por parte de los empleadores y, por último; (x) regular los contenidos en los medios de comunicación.

Todo ello con el concurso de la Corte Constitucional ecuatoriana. Aunque ésta modificaría la redacción de algunas de las preguntas formuladas por el titular del poder “ejecutivo”⁸¹, la Corte avaló que todas ellas

realizado el primero. La reforma sólo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional».

⁷⁸ De modo análogo que el caso ecuatoriano, el 341, numeral segundo, de la constitución de Venezuela dispone: «Cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional, la enmienda requerirá la aprobación de ésta por la mayoría de sus integrantes y se discutirá, según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de leyes».

⁷⁹ Antes de continuar conviene hacer un par de aclaraciones: las *consultas populares*, los *referendos* y los *plebiscitos* son tres mecanismos de participación directa diferentes: la *consulta popular* es un instrumento mediante el que la ciudadanía se pronuncia sobre un asunto de interés general (a nivel nacional, regional o local, según sea el caso); el *referendo* es un mecanismo promovido por los ciudadanos o los órganos legislativos para que el electorado apruebe o rechace normas (legales o constitucionales) y; el *plebiscito* es un procedimiento promovido por los titulares del poder ejecutivo con el fin de que la ciudadanía se pronuncie (a favor o en contra) sobre una decisión del mismo gobierno. Sobre los mecanismos de democracia en América Latina cfr. ZOVATTO 2014, 13-70.

⁸⁰ *Registro Oficial N° 490* del 13 de julio de 2011. Primer suplemento. En realidad se trató de la realización simultánea de dos mecanismos de participación popular: la promoción de un proyecto de “enmienda” constitucional por el que se modificaron varios artículos de la constitución y de una “consulta popular” que tuvo como efecto la alteración de diversas normas ordinarias en materia penal. Es importante advertir, que en esa ocasión, la Corte constitucional de Ecuador no sólo permitió que los ciudadanos se pronunciaran de manera conjunta sobre dos mecanismos participación directa, además consintió que la figura de la “consulta popular” fuera utilizada por el presidente de la república como un mecanismo de reforma legal. Para la Corte, la facultad del presidente para «consultar al pueblo sobre cualquier asunto de interés nacional» incluye a las propuestas para modificar las leyes. Cfr. Corte Constitucional de Ecuador, *Dictamen constitucional 001-DCP-CC-2011*, 15 de febrero de 2011, p. 16.

⁸¹ Conviene advertir que, a pesar de que la constitución de Ecuador obligue a la Corte a determinar cuál es el proceso a seguir para modificar la constitución en cada caso (art. 442) y a hacer un dictamen previo sobre la constitucionalidad de las preguntas que conforman una consulta popular (art. 104), en 2011 dicho órgano jurisdiccional renunció

fueran sometidas a plebiscito. No vio restricciones a los derechos de las personas ni cambios en la estructura del Estado, no obstante dichas normas afectarían la libertad personal, de expresión y de empresa de los individuos y versarían sobre el sistema de justicia de ese país. En 2011 todas y cada una de las preguntas fueron aprobadas por la mayoría absoluta de los votantes⁸². Por lo que a partir de la publicación de los resultados, entraron en vigencia las así llamadas “enmiendas” constitucionales y se iniciaron los plazos para la elaboración de leyes, ordenanzas y reglamentos correspondientes. Cabe cuestionarse ¿si esto significa “enmendar” la constitución, qué implicará “reformularla”?

5. Las “enmiendas” constitucionales en Venezuela y Ecuador

Parece oportuno preguntarse ¿las “enmiendas” constitucionales promovidas por el presidente de la república en Venezuela y Ecuador son acordes con el funcionamiento de una democracia constitucional?

La expresión democracia constitucional (o Estado constitucional democrático) denota un complejo modelo de organización jurídico-política que persigue dos objetivos fundamentales distintos: *limitar* el poder político y *distribuirlo* entre los ciudadanos⁸³. Se trata de un ordenamiento caracterizado por la conjugación de las reglas de procedimiento para la toma de decisiones colectivas propias de las democracias – las universales procedimentales, según Norberto Bobbio⁸⁴ – y del conjunto de reglas y principios que definen al así llamado estado constitucional. La confluencia de estos elementos es todo menos que intuitiva: ha sido el resultado más acabado de una larga serie de luchas sociales, tanto en el plano de las ideas como el de las instituciones políticas, iniciadas originalmente contra el absolutismo monárquico. En otras palabras, las democracias constitucionales son formas régimen de tipo democrático en las que el ejercicio del poder político está regulado y limitado por los requisitos del constitucionalismo⁸⁵.

Sin embargo, considero que la configuración de las “enmiendas” constitucionales promovidas por los titulares del poder ejecutivo en Ecuador y Venezuela no parecen compatibles con los principios básicos ni de una forma de estado constitucional (i) ni de una forma de régimen democrático (ii)⁸⁶.

i) Si bien los países de Ecuador y Venezuela tienen una constitución en tanto que poseen una ley fundamental o un conjunto de normas fundamentales que regulan la organización y estructura política de sus estados, cabe preguntarse si las cartas fundamentales de esos países son coherentes con el sentido propio y estricto de la noción de constitución.

expresamente a realizar un control sobre el contenido del proyecto presentado por el presidente, aclarando en una resolución que «el control aquí planteado excluye un examen material de las cuestiones objeto del presente pronunciamiento, dejando a salvo la posibilidad del control abstracto posterior respecto a las disposiciones jurídicas que se generan como resultado del plebiscito». Cfr. Corte Constitucional de Ecuador, *Dictámenes constitucionales 001-11-DRC-CC*, p. 31 y *001-DCP-CC-2011*, p. 16, ambos del 15 de febrero de 2011. En dicha ocasión, la Corte se limitó a hacer aquello que ella misma denominó «un control formal, previo y automático» de la solicitud del ejecutivo, el cual, consistió, fundamentalmente, en un análisis de la sintaxis de las frases introductorias y las preguntas formuladas. Según la Corte, las reglas para valorar la constitucionalidad de los considerandos (que introducían a las preguntas) consistieron en analizar: que no hubiera inducción a las respuestas y que el lenguaje fuera sencillo, comprensible y neutro, es decir, que no contenga cargas emotivas. Mientras que el control de las preguntas consistió en verificar que se utilizara un lenguaje sencillo, claro y valorativamente neutro, fueran breves, trataran de un sólo tema y no fueran superfluas o inocuas. Cfr. Corte Constitucional de Ecuador, *Dictámenes constitucionales 001-11-DRC-CC*, p. 32 y *001-DCP-CC-2011*, p. 18, ambos del 15 de febrero de 2011.

⁸² Primer suplemento del Registro Oficial No. 490 del 13 de julio de 2011.

⁸³ SALAZAR 2006, 45.

⁸⁴ BOBBIO 1975, 381.

⁸⁵ CÓRDOVA 2011, 211.

⁸⁶ Para una distinción analítica entre “formas régimen” y “formas de gobierno” cfr. BOVERO 2016.

En sentido amplio y general, el término constitución designa el diseño y organización de los poderes de decisión colectiva de una comunidad política, y en este sentido podemos decir que toda formación política cuenta con una constitución. Sin embargo, para hablar de una constitución en sentido moderno es necesario que ésta cumpla con al menos dos requisitos esenciales, según la definición mínima del artículo 16 de la Declaración francesa de 1789. De acuerdo con este segundo sentido de constitución, no cualquier documento o conjunto de normas constitutivas de las relaciones de poder es propiamente (nominable como) una constitución⁸⁷, sino sólo aquellos que contengan: una la declaración de un conjunto de derechos fundamentales y la separación de poderes establecida. En términos de la Declaración: «una sociedad en la que la garantía de los derechos no se encuentra asegurada, ni la separación de poderes establecida, carece de constitución».

Si bien las recientes constituciones de Ecuador y Venezuela se caracterizan por contemplar una amplia lista de derechos, en ellas parece haberse debilitado el segundo de los requisitos esenciales: *principio de separación de poderes*, que es la garantía esencial para proteger precisamente los derechos fundamentales de los individuos y evitar los abusos del poder político.

Aunque tal vez sea más correcto hablar de *división y/o separación de poderes*, en tanto que nos permite distinguir las dos implicaciones (íntimamente relacionadas pero no por ello totalmente correlativas) que derivan de este principio: por un lado, la distinción de las *funciones* en las que se articula el poder político, legislativa, ejecutiva y judicial, y; por el otro, la creación de *órganos* separados a los que se distribuyan dichas funciones para permitir su equilibrio y control recíproco⁸⁸ o, dicho en otras palabras, para que «el poder frente al poder» según la conocida fórmula de Montesquieu⁸⁹.

No obstante, en Ecuador y Venezuela la aprobación mediante plebiscitos de las propuestas del presidente para “enmendar” la constitución (y, de paso, las leyes) ha dañado dicho principio, ya que el titular del poder “ejecutivo” es el mismo que determina los contenidos de las normas que conforman (no ya de las leyes sino) la propia constitución. Es el mismo titular de la función (así llamada) “ejecutiva” quien ejerce o promueve una función, la de legislar, que en un Estado constitucional y democrático corresponde al titular de la función legislativa, los parlamentos.

La atribución de la función legislativa por parte del titular del poder “ejecutivo” tiene, al menos, dos implicaciones jurídicas relevantes. En primer lugar, tiende a derogar el principio mismo de *legalidad*. La distinción de las funciones de poder garantiza que las normas sean creadas por órganos destinados a cumplir la función legislativa, de acuerdo a los procedimientos establecidos para tal efecto⁹⁰. Dicho principio instituye la subordinación de las funciones ejecutiva y de la jurisdiccional a la legislativa y, por ende, la superioridad del producto de dicha función, de las leyes, frente a las primeras. No se trata, sin embargo, de una superioridad de carácter axiológico sino, de una prioridad lógica y cronológica de la función legislativa: las funciones ejecutiva y jurisdiccional presuponen la existencia de normas que serán aplicadas⁹¹. Todo acto administrativo (es decir, en sentido propio ejecutivo) y jurisdiccional debe estar: fundado sobre una norma previa y además, conforme a ésta, lo cual coincide con lo que denominamos *principio de legalidad*. Este principio excluye que el ejecutivo pueda emanar actos normativos dotados de fuerza de ley. Si bien, el ejecutivo puede, en ciertas constituciones, impedir la entrada en vigor de una ley mediante la facultad de veto, en ningún caso

⁸⁷ BOVERO 2006, 16 s.

⁸⁸ Sobre esta distinción cfr. GUASTINI 1998, 25-42.

⁸⁹ De acuerdo con este autor, para formar un gobierno moderado era necesario «combinar los poderes, regularlos, temperarlos, hacerlos actuar; dar un contrapeso a cada uno de ellos, para que se pueda resistir a otro; se trata de una obra maestra de legislación que no sucede comúnmente y sólo inusualmente se le deja hacer a la prudencia». Cfr. MONTESQUIEU 1747, lib. V.

⁹⁰ BOBBIO 1975, 237.

⁹¹ GUASTINI 2001, 67-69.

puede emanar por sí mismo leyes, ya que dicha facultad corresponde a las asambleas (esto es lo que se denomina reserva de ley)⁹². La existencia de poderes relevantes de producción normativa en la cabeza del ejecutivo se presenta como una “confusión” de poderes.

Ahora bien, para evitar equívocos conviene distinguir entre la producción normativa “ordinaria” y la producción normativa “constitucional”. En el supuesto estudiado – el de las enmienda constitucionales promovidas por los presidentes – se ha efectuado un desplazamiento hacia (y por ende una concentración en las manos de) el poder ejecutivo, no ya de la función de producción de leyes ordinarias, sino del máximo poder con que cuentan los parlamentos cuando asumen el papel de poderes de “revisión constitucional”: la facultad de modificar la propia *constitución*, esto es, de determinar el contenido de la norma cúspide de todo ordenamiento jurídico que constituye la fuente suprema de producción normativa. Con esta operación la pretendida (y tan adulada) *rigidez constitucional* de las cartas fundamentales de esos países ha quedado reducida a un mero disfraz.

El principio de *rigidez constitucional*, tal y como ha sido tradicionalmente construido por la teoría, implica un proceso más agravado para modificar las normas que componen al texto constitucional respecto al requerido para reformar la legislación ordinaria y la instauración de un órgano de control constitucional de dichas leyes. Esto supone que la constitución pueda ser modificada bajo ciertas condiciones especiales, protegiéndola de las cambiantes mayorías políticas. Sin embargo, cuando una constitución puede ser modificada mediante un procedimiento menos sofisticado o coincide con el del común de las leyes, se vuelve asimilable a una ley ordinaria⁹³; esto es lo que se conoce como *constitución flexible* propia de un Estado de derecho, y no de un Estado Constitucional. Sorprendentemente, en Ecuador y Venezuela, los titulares del ejecutivo – bajo el supuesto estudiado – pueden “enmendar” los textos constitucionales mediante procedimientos más sencillos, no sólo respecto a los activados por las asambleas nacionales (que supone la celebración de dos debates parlamentarios y la aprobación por parte de la mayoría de sus integrantes)⁹⁴ y la ciudadanía (que requiere de un umbral mínimo de respaldo electoral)⁹⁵ sino, de los requeridos para la producción de normas ordinarias, los cuales necesitan siempre de la intervención de los órganos legislativos nacionales de esos países.

ii) La “participación ciudadana” ha sido una de las apuestas nodales de las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela. Sin embargo, cabe recordar que mayor participación de los ciudadanos no implica necesariamente más democracia. Si bien en un régimen democrático es indispensable la participación política de los ciudadanos, no toda (forma de) participación ciudadana en la toma de decisiones políticas cumple con las condiciones de la democracia⁹⁶.

No siempre decidir entre un “sí” o un “no” respecto a una propuesta del vértice del ejecutivo puede reconocerse como una decisión democrática. Toda decisión que merezca ese adjetivo debe estar precedida por una discusión deliberativa que garantice iguales oportunidades para valorar todos los puntos de vista, pero también, iguales posibilidades de persuasión recíproca entre todos los participantes. En otras palabras, *deliberar* es una etapa de todo procedimental que *antecede* a la decisión en sentido estricto que implica «la discusión de las distintas tesis y puntos de vista, la

⁹² Como señala Riccardo Guastini: «En general, la reserva de ley responde al objeto de garantizar la libertad no tanto porque impida al Ejecutivo y al Judicial invadan la competencia reservada al legislador, cuanto, sobre todo, porque es a su vez, un presupuesto necesario del principio de legalidad en la jurisdicción y en la administración». Cfr. GUASTINI 2001, 69.

⁹³ CORDOVA 2011, 217 s.

⁹⁴ Art. 441, numeral segundo, de la constitución de Ecuador y art. 341, numeral segundo, de la constitución de Venezuela.

⁹⁵ Art. 441, numeral primero, de la Constitución de Ecuador y art. 341, numeral primero, de la constitución de Venezuela.

⁹⁶ Sobre las *condiciones y precondiciones* que supone la forma de gobierno democrática cfr. BOVERO 2002.

ponderación de los argumentos a favor y en contra y el intento de persuasión recíproca entre sus respectivos sostenedores»⁹⁷. Ésta es exactamente la función que – como se ha visto – desempeñan los parlamentos en cuanto tales.

Podría sostenerse que, si bien no estamos frente a una decisión correspondiente a los cánones de una *democracia representativa*, se trata de un mecanismo de *democracia directa*. Sin embargo, es preciso distinguir entre un instrumento de participación directa y uno de *democracia directa*. Los plebiscitos son instrumentos de *participación política* compatibles con, y han servido como fuente de legitimación de, varios regímenes autocráticos.

Se podría decir que la aprobación de las “enmiendas” a la constitución propuestas por el presidente de la república es una decisión de *democracia directa* porque es el “pueblo” el que tiene la última palabra, quien decide qué reformas aprobar y cuáles no: el presidente propone, la mayoría de los ciudadanos disponen. Pero ¿a caso no es cierto que el poder verdaderamente decisivo no corresponde a quien responde la pregunta sino a quien la plantea?⁹⁸

En segundo lugar, la suma algebraica de las preferencias de los ciudadanos, en este caso expresadas en los plebiscitos convocados por el presidente, tampoco cumple con los requisitos de una decisión democrática. Sin un amplio proceso de discusión y deliberación, la simple agregación de las voluntades privadas no se vuelve automáticamente en una opinión pública.

En tercer lugar, la participación “directa” que tenían los ciudadanos en las “democracias de los antiguos” consistía en el igual derecho de hablar en voz alta ante la asamblea para persuadir a los demás (*isegoría*), luego, votar a partir de dicha discusión, y de esta manera determinar el contenido de las decisiones colectivas⁹⁹. Pero esta experiencia antigua indica que siempre es necesario un órgano que discuta, delibere y decida. En los estados modernos este órgano se llama parlamento. Sin la intervención del parlamento para la elaboración de normas generales y abstractas (es decir, de las decisiones políticas vinculantes para todos convertidas en ley) es ilusorio hablar de una decisión democrática.

Finalmente, aprobar o rechazar las propuestas del presidente parece una definición muy pobre de decisión democrática. En un régimen democrático las decisiones colectivas deben ser el resultado de un juego político iniciado y controlado “desde abajo” por los ciudadanos, esto es, por los destinatarios de esas mismas decisiones. Lo que tenemos en este caso, por el contrario, se asemeja más bien a una decisión *autocrática* – para usar una categoría de Hans Kelsen¹⁰⁰ – es decir, una decisión impulsada “desde lo alto” por parte de un órgano que ha sido “investido” de ese poder súper concentrado para determinar el proceso decisional político. Se podría decir que de esta manera el juego político ha sido invertido, transformando a la democracia en algo parecido a una *autocracia plebiscitaria*. ¿A caso no se asemeja todo esto a la instauración del gobierno (no ya de los hombres sino) de un sólo hombre?

En varias partes del mundo, los partidos políticos y los parlamentos, en general, tienden a ser vistos con recelo y, a veces, desprecio (y seguramente existen razones para sentirse insatisfechos con su actuación). El problema es que el mismo día en que decidimos darles la espalda, no sólo renunciamos a ideas como la separación de poderes o la democracia, ponemos en peligro nuestros propios derechos y libertades. Y en América Latina tenemos muchas razones para estar preocupados. Éste es sólo un botón de muestra.

⁹⁷ BOVERO 2002, 64.

⁹⁸ Sobre este tema cfr. DI GIOVINE 1998, 7-27.

⁹⁹ BOVERO 2002, 19 s.

¹⁰⁰ La versión más acabada de las formas de gobierno de este autor está contenida en KELSEN 1988, 337 y ss. Cfr. también KELSEN 1984.

Referencias bibliográficas

- BOBBIO N. 1975. *Teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 1999.
- BOVERO M. 2002. *Una gramática de la democracia: contra el gobierno de los peores*, Madrid, Trotta, 2002.
- BOVERO M. 2006. *Prefacio*, en SALAZAR UGARTE P. (ed.), *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE-IIIJ, 2006, 13 ss.
- BOVERO M. 2016. *Diritti deboli, democrazie fragili. Sullo spirito del nostro tempo*, en «Diritto & questioni pubbliche», 16, 2, 2016, 11 ss.
- BREWER CARÍAS A.R. 2000. *Reflexiones críticas sobre la constitución de Venezuela de 1999*, en VALADÉS D., CARBONELL M. (eds.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, UNAM-Cámara de Diputados LIX Legislatura, 2000, 171 ss.
- BREWER CARÍAS A.R. 2008a. *Reforma electoral en el sistema político de Venezuela*, en ZOVATTO D., OROZCO HENRÍQUEZ J.J. (eds.), *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*, México, UNAM-IDEA Internacional, 2008, 953 ss.
- BREWER CARÍAS A.R. 2008b. *Regulación jurídica de los partidos políticos en Venezuela*, en ZOVATTO D. (eds.), *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, México, UNAM-IDEA Internacional, 2008, 893 ss.
- CARBONELL M. (ed.) 2006. *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2006.
- CARBONELL M. (ed.) 2007. *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.
- CARBONELL M., GARCÍA JARAMILLO L. (eds.) 2010. *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.
- CASAS K., ZOVATTO D. 2011. *Para llegar a tiempo: apuntes sobre la regulación del financiamiento político en América Latina*, en GUTIÉRREZ P., ZOVATTO D. (eds.), *Financiamiento de los partidos políticos en América Latina*, México, UNAM-IDEA-OEA, 2011, 17 ss.
- CHIVI VARGAS I.M. 2010. *El órgano judicial*, en IDEA (ed.), *Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional*, IDEA Internacional, Estocolmo, 409 ss.
- COMANDUCCI P. 2002. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*, en «Isonomía», 16, 2002, 90 ss.
- COMANDUCCI P. 2008. *Il neocostituzionalismo ideologico*, en FANLO CORTÉS I., MARRA R. (eds.), *Filosofia e realtà del diritto. Studi in onore di Silvana Castignone*, Torino, Giappichelli, 2008, 141 ss.
- COMANDUCCI P., AHUMADA M.A., GONZÁLEZ LAGIER D., 2009. *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- CÓRDOVA L. 2011. *La democracia constitucional y el control de las reformas constitucionales*, en CÓRDOVA L., ASTUDILLO C. (eds.), *Reforma y control de la constitución. Implicaciones y límites*, México, UNAM, 2011, 211 ss.
- CORTEZ SALINAS J. 2014. *El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Cómo se distribuye el poder institucional*, en «Boletín Mexicana de Derecho Comparado», 139, XLVII, 2014, 287 ss.
- DI GIOVINE A. 1998. *Democrazia diretta: da chi?*, «Teoria politica», 2, XII, 1998, 7 ss.
- EDWARDS S. 2009. *Populismo o mercados. El dilema de América Latina*, Bogotá, Norma, 2009.
- ELSTER J., SLAGSTAD R. 1999. *Constitucionalismo y democracia*, México, FCE, 1999.
- FERRAJOLI L. 2006. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2006.
- FERRAJOLI L. 2013a. *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

- FERRAJOLI L. 2013b. *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*, en ASTUDILLO C., CARPIZO J. (eds.), *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, México, UNAM-IIDC, 2013, 169 ss.
- FREIDENBERG F. 2007. *La tentación populista. Una vía al poder en América Latina*, Madrid, Síntesis, 2007.
- GARGARELLA R., COURTIS C. 2009. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Chile, CEPAL-ASDI, 2009.
- GARGARELLA R. 2010. *El nacimiento del constitucionalismo popular*, en ID. (ed.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, 250 ss.
- GARGARELLA R. 2011. *Pensado sobre la reforma constitucional en América Latina*, en RODRÍGUEZ GARAVITO C. (ed.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, 87 ss.
- GARGARELLA R. 2013. *Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas*, en «Boletín Onteiken», 15, 2013, 22 ss.
- GARZÓN VALDÉS E. 1993. *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- GILETTA V.E., LIENDO N.A. 2010. *Reforma política-electoral provincial y nacional. Cambio en las reglas del juego: el caso de Córdoba*. V Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, Buenos Aires, Asociación Latinoamericana de Ciencia Política, 2010.
- GUASTINI R. 1998. *Separazione dei poteri o divisione del potere?*, «Teoría política», 3, 1998, 25 ss.
- HERNÁNDEZ M. 2013. *La regresión de la democracia: los gobiernos plebiscitarios*, en ASTUDILLO C., CARPIZO J. (eds.), *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, México, UNAM-IIDC, 2013, 851 ss.
- INSIGNARES CERA S. 2015. *Construcción constitucional del proceso de integración suramericano*, Colombia, Universidad del Norte-Editorial Ibáñez, 2015.
- KELSEN H. 1998. *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1998.
- KELSEN H. 1984. *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1984.
- KRAMER L. 2004. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- MARTÍNEZ DALMAU R. 2008. *Asambleas constituyentes e novo constitucionalismo en América Latina*, en «Tempo Exterior», 17, 2008, 5 ss.
- MARTÍNEZ DALMAU R. 2014. *El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la constitución democrática*, en ID. (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Valencia, Tirant, 2014.
- MINGON T. 2014. *Actores políticos y sociales, Venezuela 1998-2013*, in SAKAGUCHI A. (ed.), *Venezuela under Chávez's Administration*, Tokyo, IDE. Disponible en: http://www.ide.go.jp/Japanese/Publish/Download/Report/2013/pdf/B102_ch1.pdf (consultado el 23 de mayo de 2016).
- MONTESQUIEU. 1747. *Del espíritu de las leyes*, Porrúa, México, 1971.
- PANIZZA F. 2008. *Fisuras entre Populismo y Democracia en América Latina*, en «Stockholm Review of Latin American Studies», 3, 2008, 81 ss.
- PATIÑO ARISTIZÁBAL L.G., CARDONA RESTREPO P. 2009. *El neopopulismo: una aproximación al caso colombiano y venezolano*, en «Estudios Políticos», 34, 2009, 163 ss.
- PERINI M. 2003. *Sul "neocostituzionalismo" di Susanna Pozzolo*, en «Diritto & questioni pubbliche», 3, 2003, 15 ss.
- POZZOLO S. 1998. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, en «Doxa», 2, 21, 1998, 339 ss.
- POZZOLO S. 2001. *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001.

- POZZOLO S. 2003. *Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di "Neocostituzionalismo e positivismo giuridico"*, en «Diritto & questioni pubbliche», 3, 2003, 51 ss.
- POZZOLO S. 2008. *Neocostituzionalismo: breve nota sulla fortuna di una parola*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 38, 2008, 405 ss.
- ROMERO BALLIAVIÁN S. 2011. *La corta y sobresaltada historia del financiamiento público a los partidos en Bolivia*, en GUTIÉRREZ P., ZOVATTO D. (eds.), *Financiamiento de los partidos políticos en América Latina*, México, UNAM-IDEA-OEA, 2011, 93 ss.
- SALAZAR UGARTE P. 2006. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2006.
- SALAZAR UGARTE P. 2013. *Política y derecho. Derechos y garantías. Cinco ensayos latinoamericanos*, México, Fontamara, 2013.
- SANTOS B. de S. 2007. *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*, en «OSAL», VIII, 22, 2007, 25 ss.
- SANTOS B. de S. 2010. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, La Paz, Plural Editores, 2010.
- SCHIAVELLO A. 2003. *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, en «Diritto & questioni pubbliche», 3, 2003, 37 ss.
- SERNA DE LA GARZA J.M. (ed.) 2009. *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, México, UNAM, 2009.
- TREMINIO SÁNCHEZ I. 2013. *Las reformas a la reelección presidencial en América Latina*, en «Estudios Sociológicos», 91, 31, 2013, 59 ss.
- UPRIMNY R. 2011. *Las transformaciones Constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*, en RODRÍGUEZ GARAVITO C. (ed.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, 109 ss.
- VICIANO PASTOR R. 2006. *El sistema político en la Venezuela*, Valencia, Tirant, 2006.
- VICIANO PASTOR R. (ed.) 2012. *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Valencia, Tirant, 2012.
- VICIANO PASTOR R., MARTÍNEZ DALMAU R. 2001. *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998-2000)*, Valencia, Tirant, 2001.
- VICIANO PASTOR R., MARTÍNEZ DALMAU R. 2010. *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, en CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR (ed.), *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, 9 ss.
- VICIANO PASTOR R., MARTÍNEZ DALMAU R. 2011. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, en «Revista General de Derecho Público Comparado», 9, 2011, 1 ss.
- VIRTUOS F.J. 2011. *Financiamiento de los partidos políticos y campañas electorales en Venezuela*, en GUTIÉRREZ P., ZOVATTO D. (eds.), *Financiamiento de los partidos políticos en América Latina*, México, UNAM-IDEA-OEA, 2011, 533 ss.
- ZOVATTO D. (ed.) 2006. *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, México, UNAM-IDEA, 2006.
- ZOVATTO D. 2014. *Las instituciones de la democracia directa*, en ZOVATTO D., LISSIDINI A., WELP Y. (eds.), *Democracias en movimiento. Mecanismos de democracia directa y participativa en América Latina*, México, UNAM, 2014, 13 ss.