

# La justicia del derecho según el constitucionalismo (inter)nacional frente a una pregunta desorientadora

*The Justice of Law According to the (Inter)national Constitutionalism Facing a Disorienting Question*

**Tecla Mazzaresse**

*Universidad de Brescia, Italia  
tecla.mazzarese@unibs.it*

**Resumen:** A fines de 2017, Gustavo Zagrebelsky, lanza un ataque radicalmente duro a los derechos fundamentales y plantea la pregunta desorientadora: “las injusticias y los males del mundo ¿son una violación o una consecuencia de los derechos?”. A partir de aquí y de su solicitud de “una jurisprudencia que [ponga] en relación las reivindicaciones de los derechos con el problema de la justicia”, este trabajo se enfoca en las dificultades específicas que hoy condicionan la conjugación de derecho y justicia dentro de las coordenadas de los principios del constitucionalismo (inter)nacional y, en particular, de su principio fundante de la tutela y implementación de los derechos fundamentales. En particular, para aclarar y justificar la respuesta que se dará en conclusión a la “pregunta desorientadora” de Zagrebelsky (§ IV), primero se especificará en que sentido es plausible afirmar que el proyecto político y jurídico del constitucionalismo (inter)nacional identifica los términos para una conjugación inédita de justicia y derecho (§ II), y luego se dirigirá la atención a las dificultades con las cuales la jurisdicción (inter)nacional se enfrenta cuando quiere atenerse al principio fundante del constitucionalismo (inter)nacional de la tutela y implementación de los derechos fundamentales (§ III).

**Palabras clave:** justicia del derecho, constitucionalismo (inter)nacional, tutela y implementación de los derechos fundamentales, desorden de las fuentes del derecho.

**Abstract:** At the end of 2017, Gustavo Zagrebelsky launches a radically critical attack on fundamental rights and raises the question “whether the injustices and the evils of the world [...] are at fault or because of the rights”. Taking a start from such a confusing doubt and from the solicitation for “a jurisprudence that [put in relation] the claims of rights with the problem of justice”, this work focuses on the specific difficulties that today affects the conjugation of law and justice within the coordinates of the principles of (inter)national constitutionalism and, in particular, with reference to its founding principle of protection and implementation of fundamental rights. In particular, in order to clarify and justify the reply to the “disorienting question” by Zagrebelsky (§ IV), first, it will be specified in what a sense it is plausible to maintain that the political and legal project of (inter)national constitutionalism identifies the terms for an unprecedented conjugation of justice and law (§ II), and then attention will be directed to the difficulties with which the (inter)national jurisdiction is confronted when it wants to conform to the basic principle of (inter)national constitutionalism of the protection and implementation of fundamental rights (§ III).

**Keywords:** justice of law, (inter)national constitutionalism, fundamental rights protection and implementation, disorder of legal sources.

Sería [...] un signo de realismo si las grandes potencias finalmente comprendieran que el mundo está unido no solo por el mercado global, sino también por el carácter global e indivisible de la seguridad, la paz, la democracia y los derechos humanos, y por consiguiente [...] tomarían estos derechos en serio, si no fuera por razones morales o jurídicas, al menos en su propio interés. Para no sentirse abrumado por un futuro de guerras, terrorismo y violencia y no tener que volver a redescubrir los vínculos indiscriminados entre el derecho y la paz y entre el derecho y la razón el día siguiente de nuevas catástrofes planetarias. Cuando sería demasiado tarde.

Luigi Ferrajoli<sup>1</sup>

## I. Una pregunta desorientadora de Gustavo Zagrebelsky acerca de los derechos fundamentales

A finales de 2017, *Diritti per forza*, un libro de Gustavo Zagrebelsky, con tonos que recuerdan a los utilizados ya a finales de los años setenta del siglo XX por los exponentes del realismo político<sup>2</sup> y de los norteamericanos *critical legal studies*<sup>3</sup>, lanza un ataque muy duro a los derechos fundamentales;<sup>4</sup> un ataque radical no tanto con respecto a los límites, retrasos e incertidumbres en su protección y su implementación, sino más bien hacia su propia tematización<sup>5</sup> y, vendría que decir, hacia el proyecto político y jurídico que después de la Segunda Guerra Mundial ha acompañado su positivización y su internacionalización.

Con sorpresa de aquellos que conocen el prestigio de sus escritos de derecho constitucional, su actividad como juez y luego de Presidente de la Corte Constitucional italiana, así como la pasión de su compromiso social de larga data, en su reciente volumen, en abierto contraste con lo que siempre ha mantenido, Zagrebelsky propone un análisis drásticamente crítico de los derechos fundamentales, no para identificar y detener los desafíos cada vez más complejos con los que se confrontan su tutela y su implementación, sino para cuestionar la razón de ser de su propia afirmación. Es decir, para insinuar la duda de qué puedan ser (y también haber sido) un instrumento adecuado para la protección de los más débiles: no sólo hoy, por las inéditas características económicas y políticas del nuevo mundo globalizado, sino también en el pasado, ya en los siglos XVII y XVIII, con sus célebres enunciaciones de Inglaterra, Francia y América del Norte.<sup>6</sup>

Así, en particular, en el análisis crítico de Zagrebelsky, la anotación de que la nuestra es la era de los “derechos violados”<sup>7</sup> no es el punto de partida para una búsqueda y/o una propuesta de instrumentos para contrastar la crisis radical y cada vez más manifiesta de “la edad de los derechos”<sup>8</sup>, sino más bien la resignación a “la derrota de un ideal noble, frente a la dureza de las relaciones reales que se establecen entre los seres humanos” (Zagrebelsky 2017, pp. 5-6, traducción mía). Además, frente a los análisis de aquellos que, falseando su significado y su función, en nombre de su tutela, convalidan y justifican sus violaciones más flagrantes, Zagrebelsky (2017, p. 6) no lamenta la distorsión del lenguaje de los derechos por parte de quienes abusan de él sino que denuncia “los derechos como una retórica de los derechos” (traducción mía); denuncia, es decir, una ambigüedad connatural a los derechos y sus reivindicaciones.<sup>9</sup>

Así, quizás sintiéndose incomodo, Zagrebelsky (2017, p. 6) sintetiza el sentido de su análisis, afirmando que:

Los derechos como una retórica de los derechos los encontramos a menudo en la boca de aquellos que los usan como pantalla para cubrir su poder, imponiéndolos a los demás. [...] Peor aún: ¿cuántas violaciones de derechos (de los otros) ocurren en nombre de los derechos (propios)? Aquí está la cuestión: los

derechos no como protección contra la injusticia, sino, por el contrario, como la legitimación de las injusticias (traducción mía).

En los pasos finales reitera el sentido de su propio análisis, donde incita a “la ciencia jurídica [...] a liberarse de la idea abstracta de los derechos, a no ver sólo su lado liberador, sino también el opresor; a desmitificar su aura de santidad y su idealización cuando se habla de “la edad de los derechos”; y la exhorta además a “darse cuenta de la existencia de una pregunta desorientadora [...]: “si las injusticias y los males del mundo son *una violación o una consecuencia* de los derechos” (Zagrebel'sky, 2017, p. 144, cursivo del autor, traducción mía).

Ahora bien, aunque la amargura, la desilusión y la contrariedad que informan y condicionan la formulación de esta “pregunta desorientadora” sean fundadas y compartibles, sin embargo los términos en que ella está puesta no lo son porque conducen a la confusión de los derechos con sus violaciones, a la confusión entre los principios del constitucionalismo (inter)nacional<sup>10</sup> centrado en la implementación y tutela de los derechos fundamentales con los resultados de las políticas públicas que implican su negación y su progresiva deslegitimación.

A partir de aquí, también, y no sólo como reacción a este aparente giro de Zagrebel'sky y a su provocación de una evaluación drásticamente negativa de los derechos fundamentales y su inadecuada protección de los más débiles, la decisión de acoger, en estas páginas, la solicitud de “una jurisprudencia que relacione las pretensiones de los derechos con el problema de la justicia: problema que debe estar primero” (Zagrebel'sky, 2017, p. 144, traducción mía). Es decir, la decisión de compartir esta admonición volviendo a examinar, como ya lo he hecho recientemente (Mazzarese, 2017a), rasgos distintivos y dificultades específicas que hoy condicionan la conjugación de derecho y justicia dentro de las coordenadas, bien definidas incluso en su flexibilidad dinámica, de los principios del constitucionalismo (inter)nacional y, en particular, de su principio fundante de la tutela e implementación de los derechos fundamentales.

En particular, para aclarar y justificar la respuesta que se dará en las conclusiones a la “pregunta desorientadora” de Zagrebel'sky (§ IV), primero se especificará en qué sentido es plausible afirmar que, en la segunda mitad del siglo XX, el proyecto político y jurídico del constitucionalismo (inter)nacional identifica los términos para una conjugación inédita de justicia y derecho (§ II), y, luego, se dirigirá la atención a las dificultades con las cuales la jurisdicción (inter)nacional se enfrenta cada vez más cuando quiere atenerse al principio fundante del constitucionalismo (inter)nacional de la tutela e implementación de los derechos fundamentales; principio que, es oportuno subrayar, no tiene un carácter meta-jurídico sino *stricto sensu* jurídico no sólo en el derecho supranacional donde su enunciación aparece en cartas regionales sobre derechos fundamentales<sup>11</sup> y su afirmación se ha consolidado como principio distintivo

de la jurisprudencia de los tribunales instituidos por ellas,<sup>12</sup> pero también, y no menos significativamente, en el derecho interno de todos los países que han positivizado un catálogo de derechos fundamentales en su propia constitución<sup>13</sup> y que a lo largo de los años han ratificado cartas, pactos, convenciones, declaraciones y tratados que, a nivel regional e internacional, han de vez en cuando (re)afirmado o (re)definido el catálogo de los derechos fundamentales y, progresivamente, especificado las garantías para su protección.

## **II. La justicia del derecho como implementación y tutela de los derechos fundamentales**

Es enorme la literatura en la que, durante siglos, ya a partir de la *Antígona* de Sófocles en 442 a.C. y sus discordantes interpretaciones,<sup>14</sup> las tesis del jusnaturalismo y del positivismo jurídico, diversamente condicionadas por asuntos (no) cognitivistas, han encontrado expresión en una pluralidad de concepciones sobre la “justicia del derecho”: desde la concepción de quién, a un extremo, denuncia este binomio como un oxímoron sin sentido a la concepción de quién, en el extremo opuesto, reivindica su obviedad como un pleonismo.

Ni oxímoron ni pleonismo, la afirmación de la justicia del derecho, dentro de aquellas que después de la Segunda Guerra Mundial comienzan a aparecer como las coordenadas jurídicas y políticas del constitucionalismo (inter)nacional, revela, en cambio, un carácter doblemente inédito respecto a los términos en los que reconsiderar y redefinir la conjugación entre justicia y derecho (§ II, A) y respecto a los términos en los que de una y de otro, así como de su conjunción, se puede identificar y sancionar el fin, y al mismo tiempo el principio fundante, en los derechos fundamentales y su protección e implementación (§ II, B). Un carácter doblemente inédito, este, que refleja e integra la concepción radicalmente innovadora de los derechos fundamentales que encuentra expresión ya en las primeras positivizaciones de su catálogo, entre la segunda mitad de los cuarenta y los comienzos de los cincuenta del siglo XX, en el derecho (inter)nacional.<sup>15</sup>

En particular, un carácter doblemente inédito, que permite identificar, en la justicia (del derecho) entendida como implementación y tutela de los derechos fundamentales positivizados por el derecho (inter)nacional, una nueva “fórmula de justicia” para agregar a la lista de seis fórmulas distintas y problematizadas por Chaïm Perelman (1945); a las fórmulas, es decir, según las cuales, por convicciones ideológicas o elecciones evaluativas diferentes, se afirma que “justicia” puede significar: (1) “Para cada uno lo mismo”, (2) “A cada uno según sus méritos”, (3) “A cada uno según sus obras”, (4) “A cada uno según sus necesidades”, (5) “A cada uno según su rango” o (6) “A cada uno de acuerdo con esto que la ley le atribuye” (Perelman 1945, pp. 31-55).

Una nueva fórmula, la que se propone aquí para agregar a las seis distintas por Perelman en 1945 y repetidas por Alf Ross (1958, pp. 254-260) que en los años cuarenta (y todavía en los cincuenta) del siglo XX aún no podía ser teorizada simplemente porque estaba a punto de recibir sus primeras enunciaciones, enfáticas y al mismo tiempo inciertas, sobre los términos de su posible implementación.<sup>16</sup>

### **A. El mismo fin y un único principio fundante para la justicia y para el derecho**

La última de las seis fórmulas de justicia distinguidas por Perelman en 1945, es decir aquella según la cual “justicia” significa “A cada uno según lo que la ley le atribuye”, ofrece un buen punto de referencia y comparación para explicar el primero de los dos perfiles que hacen inéditos los términos de la conjugación de justicia y derecho en el proyecto jurídico y político del constitucionalismo (inter)nacional.

En particular, mientras que en la fórmula indicada por Perelman, la justicia es sólo una variable dependiente del derecho y de los (des)valores que, según los casos, están expresados por sus normas, en cambio, en la caracterización que sanciona y exige el constitucionalismo (inter)nacional, ya no más su variable dependiente, la justicia a la par del derecho comparten el mismo fin y el mismo principio fundante: la tutela y la implementación de los derechos fundamentales.<sup>17</sup>

Una conjugación inédita, esta, que encuentra una formulación explícita en el *Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948<sup>18</sup> e, incluso antes de que su catálogo fuera declinado en 1948, en el *Preámbulo de la Carta de la ONU* de 1945.<sup>19</sup> Y aún mas, en los años siguientes, su (re)formulación se repite (i) en las constituciones del derecho interno de los nuevos estados constitucionales;<sup>20</sup> (ii) en las cartas de derechos fundamentales de las formaciones regionales de Estados que desde fines de los años cuarenta del siglo XX empezaron a establecer instituciones comunes;<sup>21</sup> y, por último pero no menos importante, (iii) en la pluralidad de cartas, convenciones, acuerdos, declaraciones y tratados que, a lo largo de los años, han (re)definido el catálogo de derechos fundamentales modificándolo o integrándolo en su declinación.<sup>22</sup>

Ahora, precisamente porque deja de ser una variable dependiente del derecho, con el constitucionalismo (inter)nacional la justicia ya no se agota más dentro de los límites identificados por el principio de legalidad sino que se refiere a, y se expresa en, un principio de legitimidad (o, en el léxico de Luigi Ferrajoli, de estricta legalidad<sup>23</sup>) que funda y justifica la impugnación y el rechazo de cualquier forma de producción jurídica que no sea coherente con, y funcional para, la tutela y implementación de los derechos fundamentales.

Así, en la variedad de sus respectivas caracterizaciones, es esta la justicia del derecho y, en particular, es este el principio de legitimidad o estricta legalidad, a lo cual se refieren tanto la tematización de lo que Ernesto Garzón Valdés llama “coto vedado”<sup>24</sup> –es decir, el espacio prohibido para cualquier intervención del legislador que pueda conducir a una violación de los derechos fundamentales– cuanto la tematización de lo que Ferrajoli llama “esfera del (in)decidible”<sup>25</sup>, –es decir, el ámbito de lo que el legislador tiene prohibido decidir para evitar la violación de los derechos fundamentales y, respectivamente, de lo que el legislador tiene la obligación de decidir para permitir su implementación.<sup>26</sup>

Cambia, entonces, la forma de entender la justicia y la justicia del derecho, porque cambia la manera de entender el derecho: no mas “Rey Midas” que transforma en derecho todo lo que disciplina,<sup>27</sup> sino más bien un “Rey Midas” que está *legitimado* para dar un valor legal específico (solo) a lo que puede considerarse funcional para la implementación de los derechos fundamentales o necesario para su tutela; un “Rey Midas” por cierto *dimidiatus*, aunque es oportuno no subestimar que está *dimidiatus* si y en cuanto es el mismo derecho a sancionarlo;<sup>28</sup> es decir, *si y hasta cuando* sea el mismo derecho a condicionar las formas y los modos de la propia legitimidad a la positivización (inter)nacional de los derechos fundamentales y sus garantías.

Por lo tanto, no más considerado con recelo porque puede ser (y ha sido a menudo) un instrumento de opresión y arbitrariedad hacia aquellos de quienes disciplina las formas de convivencia, con un exceso de optimismo que subestima, tal vez, la naturaleza contingente de los límites que el derecho puede imponer a sí mismo, el constitucionalismo (inter)nacional reclama la primacía del derecho sobre la política y afirma su papel central en la afirmación y tutela de los derechos fundamentales no menos que en la afirmación de la paz y de la democracia.

Ejemplar para testimoniar este cambio, solo para citar un primer caso paradigmático, la doctrina internacionalista de Hans Kelsen que encuentra una feliz síntesis en el título de su libro, publicado en 1944 en vísperas de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, *Peace through Law*.<sup>29</sup> Y, aún mas, no menos ejemplar, para citar un segundo caso paradigmático, “Democracia a través del derecho”, la denominación elegida para resumir y connotar el propósito perseguido por la Comisión de Venecia, comisión instituida el 10 de mayo de 1990 por el Consejo de Europa, al final de la Guerra Fría, para discutir y sugerir posibles soluciones a los problemas de ingeniería institucional que le eran presentados por los países (en particular aquellos asiáticos del área de la ex Unión Soviética) que querían adaptar su forma de gobierno a los estándares de las democracias constitucionales.<sup>30</sup>

## **B. Principio de mayor tutela de los derechos fundamentales y relación cada vez más dialéctica entre juez y legislador**

En el proyecto político y jurídico del constitucionalismo (inter)nacional, el doble vínculo entre justicia y derecho, dictado por el fin común y el principio fundante compartido de la tutela e implementación de los derechos fundamentales, encuentra expresión tanto a nivel de producción jurídica con la doble limitación a la soberanía del legislador (§ II, A), como a nivel de aplicación judicial del derecho con una redefinición compleja y multifacética (aunque no siempre basada en una regulación explícita y precisa) del sometimiento del juez a la ley<sup>31</sup> que altera, de hecho y de derecho, los términos en los que en los últimos dos siglos, a partir de su enunciación con la ilustración jurídica, el principio de la división de poderes ha encontrado expresión en los países de *civil law*.<sup>32</sup>

Ya no más absoluto o prioritario, el sometimiento del juez a la ley ha sido, en efecto, progresivamente transformado por las formas y los modos, diferentes según el derecho interno de diferentes países, en los cuales (i) el juez (constitucional) puede decidir la (i)legitimidad constitucional de una ley; (ii) las decisiones judiciales de las diferentes jurisdicciones están doblemente fundadas en la tutela e implementación de los derechos fundamentales, y (iii) las decisiones del juez nacional (sea constitucional o de otro tipo) están condicionadas y “dialogan”<sup>33</sup> (a) con las de los jueces de tribunales internacionales y regionales que, a pesar de sus diferentes competencias, tienen jurisdicción sobre la protección internacional y regional de los derechos fundamentales<sup>34</sup> y, cada vez más a menudo, (b) con la decisiones de los jueces nacionales de otros países.<sup>35</sup>

Así, en particular, en el control de la (i)legitimidad constitucional de una ley (en sus diversas formas difusas y/o centralizadas), es la ley del legislador la que está sujeta al juicio del juez (constitucional o, según sea el caso, común) y no el juicio del juez que está sujeto a las disposiciones de la ley.<sup>36</sup>

Además, las formas y los modos en que, en diferentes niveles jurisdiccionales, la tutela e implementación de los derechos fundamentales informan y condicionan las decisiones judiciales contribuyen a la afirmación de una relación entre juez y legislador que no es de mera sujeción sino cada vez más dialéctica.

En particular, por un lado, la inevitable discrecionalidad judicial parece encontrar un límite y una reglamentación más rigurosa en la afirmación de un conjunto cada vez más complejo de derechos fundamentales sobre la aplicación judicial del derecho que connota la articulación de los diferentes momentos de la jurisdicción, definiendo tanto procedimientos y competencias como derechos de quién, actor o demandado, es parte



en una controversia y, no menos importante, de quién, magistrado de instrucción o juez, está llamado a resolverla.<sup>37</sup>

Aún más, por otro lado, aunque aparentemente están más regulados dentro de las coordenadas de los derechos fundamentales *sobre* la aplicación judicial del derecho, los márgenes de discrecionalidad del juez en realidad se amplían cuando se toman en consideración los derechos fundamentales a garantizar en (y para) la resolución de una controversia;<sup>38</sup> derechos fundamentales, aquellos que deben garantizarse *en la* aplicación judicial del derecho,<sup>39</sup> que condicionan, explican y quizás justifican la mayor “libertad” del juez para identificar e interpretar el derecho a ser aplicado en la resolución de una controversia no sólo (i) cuando el legislador no ha (todavía) intervenido para especificar los términos en los que garantizar tutela e implementación de los derechos fundamentales establecidos en la constitución y/o en cartas, acuerdos, convenciones, declaraciones o tratados, internacionales o regionales, ratificados de su estado,<sup>40</sup> pero también (ii) cuando el legislador ha ya intervenido para regular formas y modos de tutela, porque, además del principio de sujeción a la ley, para el juez es válido también el principio (de hecho más alternativo que complementario) de la mayor tutela de los derechos;<sup>41</sup> es decir, el principio de garantizar en sus decisiones el más alto grado de tutela posible a los derechos que, según los casos, constituyen el objeto de ellas.<sup>42</sup>

Por último, pero no menos importante, en el constitucionalismo (inter)nacional, la atención a la tutela judicial de los derechos fundamentales no acaba a nivel nacional con el control de la legitimidad de las leyes y con el doble condicionamiento de la aplicación judicial tanto por los derechos fundamentales que caracterizan sus diferentes momentos como por los derechos fundamentales a ser garantizados (al más alto grado posible) en la resolución de las controversias. En el constitucionalismo (inter)nacional, la tutela judicial de los derechos fundamentales encuentra también expresión, y no menos significativamente, en la institución de una pluralidad de tribunales regionales e internacionales que, de acuerdo con sus competencias específicas, controlan la no violación de los derechos fundamentales cuando hay casos problemáticos y controvertidos a nivel nacional; así, por ejemplo, (i) a nivel regional, existe el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (con sede en Estrasburgo), el Tribunal Europeo de Justicia (con sede en Luxemburgo), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (con sede en San José en Costa Rica) y el Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos (con sede en Arusha, Tanzania) y (ii) a nivel internacional, el Tribunal Internacional de Justicia (con sede en La Haya) y la Corte Penal Internacional (también con sede en La Haya). Y, aún más, en el constitucionalismo (inter)nacional las formas cuasi-judiciales relativas a la tutela de los derechos fundamentales no se agotan con las decisiones de los tribunales mencionados

antes, pero se parcela más, como ha señalado por ejemplo Sabino Cassese (2009, p. 141), paralela a la proliferación de los “regímenes regulatorios sectoriales” con vocación global.

### **III. Justicia del derecho y decisiones judiciales entre deslegitimación de los principios del constitucionalismo (inter)nacional y proliferación de formas de la producción jurídica**

Hasta ahora, en las anotaciones precedentes (§ II), la identificación y reconstrucción de los rasgos distintivos del carácter doblemente inédito de la justicia del derecho en relación y de acuerdo con los principios del constitucionalismo (inter)nacional que la informan y connotan.

Una reconstrucción, en particular, que no se refiere a los principios del constitucionalismo (inter)nacional como a menudo han sido teorizados, evaluados, reivindicados o estigmatizados, en general y en abstracto, cuestionando el grado de iusnaturalismo o, en cambio, de positivismo jurídico de los cuales considerarlos expresión (y/o de los cuales diferentes estudiosos los han considerados expresión);<sup>43</sup> una reconstrucción, en cambio, que se refiere a los principios del constitucionalismo (inter)nacional en los términos en que, de hecho, a partir de los años cuarenta del siglo XX, han sido y todavía continúan a ser positivizados y de vez en cuando reiterados o, según los casos, reformulados (i) en el derecho internacional, (ii) en el derecho de las formaciones regionales de aquellos estados que, aun laboriosamente, están experimentando instituciones económicas y/o políticas comunes y, no menos importante, (iii) en el derecho interno de un número cada vez mayor de Estados.

Atención, esta referencia a los términos de su efectiva positivización en el derecho (inter)nacional, que facilita una reconstrucción puntual de aquellos que, *de hecho y de derecho*, son (y han sido) los desafíos a enfrentar en su afirmación lenta e incierta pero también, y no menos significativamente, de aquellos que, cada vez más complejos, muestran hoy su profunda crisis sin siquiera hablar de su progresiva deslegitimación.<sup>44</sup>

Desafíos, unos y los otros, que testimonian la afirmación precaria de la primacía del derecho sobre la política o, en otras palabras, la fragilidad de la conjugación doblemente inédita entre justicia y derecho establecida (o quizás más realísticamente deseada) por el constitucionalismo (inter)nacional y sus principios fundantes.<sup>45</sup>

Además, desafíos, unos y los otros, diferentes pero entre sí complementarios, que no sólo testimonian, ambos, los resultados alternos de los esfuerzos para realizar y/o defender la afirmación, nunca definitiva, de los principios fundantes del constitucionalismo (inter)nacional, sino también la creciente incertidumbre del derecho (inter)nacional y *en el* derecho (inter)nacional, respecto de los términos en los

que (continuar a) garantizar la tutela de los derechos fundamentales en el “pluralismo generalizado y confuso”<sup>46</sup> de sus fuentes.

Por un lado, en efecto, tanto los éxitos como los fracasos del constitucionalismo (inter)nacional frente a sus *primeros* desafíos han contribuido al desorden de las fuentes del derecho (inter)nacional porque los numerosos textos normativos – cartas, convenciones, acuerdos, declaraciones, tratados– y las sentencias judiciales que integran, unos y las otras, el derecho internacional de los derechos fundamentales, a menudo más largo y complejo,<sup>47</sup> carece de una regulación que permita un orden y una coordinación no sólo entre sí sino también con las formas de derecho de los derechos fundamentales, legislativos y jurisprudenciales, que se han desarrollado en el derecho interno de cada Estado y, no menos significativamente, en el derecho de sus formaciones regionales.

Además, por otro lado, tanto los éxitos como los fracasos del constitucionalismo (inter)nacional frente a sus *nuevos* desafíos han contribuido al desorden de las fuentes del derecho (inter)nacional porque, hasta hoy, hay una falta de regulación que ordena y coordina los diferentes materiales del derecho (inter)nacional de los derechos fundamentales y, una falta de reglamentación de las nuevas formas de derecho supranacional y transnacional, incluidas aquéllas de derecho blando (*soft law*) en la pluralidad heterogénea de sus diferentes expresiones<sup>48</sup> que, a menudo indiferentes cuando no en abierto contraste con la tutela de los derechos y la salvaguarda de los bienes fundamentales, se han ido desarrollando progresivamente en relación con la globalización de la economía, de las finanzas y de los mercados; es decir, de esas nuevas formas de producción jurídica que en su variedad multiforme identifiquen y caractericen la nueva *lex mercatoria*.<sup>49</sup>

En particular, al tratar de proponer un marco unificado dentro de las coordenadas de los principios del constitucionalismo (inter)nacional y los desafíos (ambos los primeros y los nuevos) con los que se ha confrontado su afirmación durante setenta y cinco años, hay al menos cuatro direcciones principales a lo largo de las cuales ya se ha desarrollado y/o podría ampliarse la diferenciación de nuevas fuentes de derecho, no sólo transnacionales y supranacionales sino también del mismo derecho estatal, recurriendo a nuevas formas de producción jurídica llamadas, según los autores, derecho infra-estatal o derecho infra-nacional:<sup>50</sup>

- a) las formas de producción jurídica relacionadas con (i) las diferentes reformulaciones y/o integraciones del catálogo de los derechos fundamentales y la especificación de los derechos fundamentales de algunas clases de sujetos o la aclaración de las garantías de algunos derechos ya reconocidos, no menos que (ii) las reglamentaciones que, condicionadas desde las críticas y reservas cada vez más frecuentes a la cultura de los derechos después del final de

- la Guerra Fría, comenzaron a introducir límites y otorgar exenciones a la implementación y tutela de algunos de los mismos derechos fundamentales afirmados en la constitución y/o en tratados internacionales ya ratificados;<sup>51</sup>
- b) la variedad de decisiones judiciales o cuasi-judiciales que cada vez más numerosas a nivel nacional e internacional, supranacional y transnacional se refieren a los términos en los que (no) continuar a garantizar la protección de los derechos fundamentales;
  - c) las formas de producción jurídica de naturaleza contractual y/o judicial (principalmente, pero no exclusivamente, relacionadas con la *lex mercatoria*) indiferentes a, si no abiertamente en contraste con, la tutela de los derechos fundamentales y/o la salvaguarda de los bienes fundamentales; y
  - d) las eventuales formas (hasta ahora raras) de producción jurídica y/o judicial de derecho infra-estatal que, teniendo en cuenta las nuevas formas de multiculturalismo de los países de destino de los flujos migratorios, se abren a (o al menos se interrogan acerca de) formas de pluralismo y/o interlegalidad jurídica<sup>52</sup> que, no por derogación sino para una mejor implementación de los derechos fundamentales, estén atentos a las tradiciones culturales y jurídicas de diferentes poblaciones.

A pesar de aquellos que hacen alarde de su desprecio por “los juristas del rebaño positivista” y por sus “mitologías”<sup>53</sup>, estas cuatro direcciones que, en el marco unitario de los (primeros y nuevos) desafíos del constitucionalismo (inter)nacional, pueden distinguirse en el pluralismo hoy generalizado y confuso de las fuentes del derecho, en ausencia de una intervención del legislador (inter)nacional que los someta a una regimentación atenta y cuidadosa, amenazan, individualmente y en la pluralidad de sus interacciones, los términos de la conjugación de justicia y derecho que exigen los dos, unidos por el mismo fin y por el mismo principio fundante de la implementación y tutela de los derechos fundamentales.

Además, cuatro direcciones, aquellas a lo largo de las cuales se desarrolla el pluralismo generalizado y confuso de las fuentes del derecho (inter)nacional, que no testimonian la afirmación del principio de legitimidad al que se refiere la conjugación de justicia y derecho dentro de las coordenadas políticas y jurídicas del constitucionalismo (inter)nacional, sino, por el contrario, de un principio bastante diferente que, siguiendo una expresión de Sabino Cassese (aunque no su uso), podría llamarse el principio de alegalidad legal.<sup>54</sup>

#### IV. Una respuesta ya formulada en 1988

El del proyecto político y jurídico del constitucionalismo (inter)nacional del Segundo Posguerra –en particular, de su principio fundante de la tutela e implementación de los derechos fundamentales– es la historia de serios fracasos pero también, a pesar de su parcialidad y su precariedad, de éxitos significativos.

Sin duda, es peligroso ignorar sus fracasos, convirtiendo sus principios fundantes en una ideología vacía, funcional a la justificación de cualquier política pública, incluidas aquellas que implican las violaciones más flagrantes de estos mismos principios. De acuerdo con lo que afirma Jeremy Waldron (1987, p. 2), “[p]ocos de nosotros queremos que el lenguaje de los derechos degenera en una especie de lengua franca en la que se expresen valores morales y políticos de todo tipo” (traducción mía).

Sin embargo, no es menos peligroso ignorar sus éxitos al vaciar de significado los principios fundantes del constitucionalismo (inter)nacional y transformarlos, como ha sido recurrente durante décadas en la literatura de los *critical legal studies* y también con las afirmaciones más radicales de los *gender studies*, de los *critical racist studies* y de los *multicultural studies* –en el falso objetivo de sus ataques post-marxistas contra el liberalismo occidental o, según sea el caso, de sus propias reivindicaciones particulares. No menos peligroso, es decir, dar por hecho los resultados logrados con dificultad en la tutela e implementación de los derechos fundamentales e ignorar los desafíos a los que estos resultados, parciales y contingentes, son sometidos repetidamente. No menos peligroso, porque, y sigo citando a Waldron (1987, p. 2), “[t]omar los derechos en serio significa estar al tanto de lo que es distintivo y controvertido sobre un derecho a reclamar, y eso [...] es inseparable de un intento de comprender a qué podría llegar alguien cuando repudia por completo la idea de los derechos” (traducción mía).

Entonces, al final de estas páginas solicitadas (aunque no sólo) por la pregunta desorientadora de Zagrebelsky –si los derechos fundamentales pueden ser no una protección contra las injusticias sino su legitimación– no encuentro respuesta mejor de aquella formulada por Norberto Bobbio ya en 1988 cuando advierte lo siguiente:

Respecto de las grandes aspiraciones del hombre, ya estamos demasiado retrasados. Tratemos de no empeorar ese atraso con nuestra desconfianza, con nuestra indolencia, con nuestro escepticismo. [...] La historia, como siempre, mantiene su ambigüedad yendo en dos direcciones opuestas: hacia la paz o hacia la guerra, hacia la libertad o hacia la opresión. El camino de la paz y la libertad pasa, por cierto, por el reconocimiento y la protección de los derechos humanos, comenzando por la libertad religiosa y de conciencia [...] hasta los nuevos derechos que surgen contra las nuevas formas de opresión y deshumanización posibilitadas por el crecimiento vertiginoso del poder manipulador del hombre sobre sí mismo y la naturaleza. No escondo que el camino es difícil. Pero no hay alternativas (Bobbio, 1988, pp. 439-440, traducción mía).

## Referencias bibliográficas

- AA.VV., 2018: “Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell’Europa”. Número monografico de *Nomos. Le attualità del diritto*, núm. 2.
- Alpa, Guido (ed.), 2005: *Il giudice e l’uso delle sentenze straniere*. Milano, Giuffrè.
- Ansuátegui Roig, Francisco Javier, 2018: “¿De los derechos a los deberes? Una primera aproximación”. *Materiales de Filosofía del derecho*, núm. 6, pp. 1-14.
- Azzariti, Gaetano y Dellavalle, Sergio, 2014: *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*. Napoli, ESI.
- Baccelli, Luca, 2009: *I diritti dei popoli. Universalismo e differenze culturali*. Roma-Bari, Laterza.
- Barberis, Mauro, 2008: *Europa del diritto*. Bologna, il Mulino.
- Black, Julia, 2002: “Critical Reflection on Regulations”. *Australian Journal of Legal Philosophy*, núm. 27, pp. 1-34.
- Bobbio, Norberto, 1960: *Teoria dell’ordinamento giuridico*. Torino Giappichelli; repub. en Id., *Teoria generale del diritto*. Torino, Giappichelli, 1993, pp. 157-292.
- \_\_\_\_\_, 1981: “La regola di maggioranza: limiti e aporie”. *Fenomenologia e società*, vol. 4, núm. 13-14; repub. en Id., *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero. Torino, Einaudi, 1999, pp. 383-410.
- \_\_\_\_\_, 1988: “Il primato dei diritti sui doveri”, en Id., *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero. Torino, Einaudi, 1999, pp. 439-440.
- Bovero, Michelangelo, 2008: “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, en Mazzaresse, Tecla (ed.), *Derecho y democracia constitucional. Discutiendo Principia iuris de Luigi Ferrajoli*. Parte monográfica de *Doxa*, núm. 31, pp. 217-225.
- Caretti, Paolo, 2016: *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*. Napoli, ESI.
- Cassese, Sabino, 2009: *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino, Einaudi.
- \_\_\_\_\_, 2011: *L’Italia: una società senza stato?* Bologna, il Mulino.
- De Giorgi, Raffaele, 2017: “Limiti del diritto”. *Rivista di Filosofia del diritto*, número especial *Limiti del diritto*, pp. 7-23.
- De Vergottini, Giuseppe, 2006: “Garanzia della identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione”, en Amato, Cristina y Ponzanelli, Giulio (eds.), *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*. Torino, Giappichelli, pp. 6-18.
- \_\_\_\_\_, 2010: *Oltre il dialogo tra le Corti*. Bologna, il Mulino.
- \_\_\_\_\_, 2018: “Il dialogo tra le corti alle soglie del XXI secolo”. *Lo Stato*, vol. 10, núm. 6, pp. 367-388.
- Ferrajoli, Luigi, 1998: “Diritti fondamentali”. *Teoria Politica*, vol. 14, núm. 2, pp. 3-33.

- \_\_\_\_\_, 2002: “Quali sono i diritti fondamentali?”, en Mazzaresse, Tecla (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, pp. 95-116.
- \_\_\_\_\_, 2004: “Diritti fondamentali e democrazia costituzionale”, en Comanducci, Paolo y Guastini, Riccardo (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003*. Torino, Giappichelli, pp. 331-350.
- \_\_\_\_\_, 2007: *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Roma-Bari, Laterza, 3 volúmenes.
- \_\_\_\_\_, 2013: *La democrazia attraverso i diritti*. Roma-Bari, Laterza.
- \_\_\_\_\_, 2016: *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*. Roma-Bari, Laterza.
- \_\_\_\_\_, 2019: *Manifesto per l'uguaglianza*, edición actualizada. Roma-Bari, Laterza.
- Fiandaca, Giovanni, 2017: *Prima lezione di diritto penale*. Roma-Bari, Laterza.
- Galgano, Francesco, 1976: *Lex mercatoria*. Bologna, il Mulino.
- \_\_\_\_\_, 2005: *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna, il Mulino.
- Garzón Valdés, Ernesto, 2003: *Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto. Saggi di filosofia morale e politica*. Traduzione ed edizione italiana a cura di Comanducci, Paolo y Mazzaresse, Tecla. Bologna, il Mulino.
- Grossi, Paolo, 2008: *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*. Napoli, Università di Suor Orsola Benincasa.
- \_\_\_\_\_, 2015, *Ritorno al diritto*. Roma-Bari, Laterza.
- Hirschl, Ran, 2004: *Towards Juristocracy: Their Origins and Consequences of New Constitutionalism*. Cambridge (Mass.), Harvard University Press
- \_\_\_\_\_, 2006: “The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide”. *Fordham Law Review*, vol. 75, núm. 2, pp. 721-753.
- Ignatieff, Michael, 2001: *Human Rights as Politics and Idolatry*. Princeton, Princeton University Press.
- Itzcovich, Giulio, 2017: “Disordinamento giuridico. Crisi finanziaria e sviluppi costituzionali dell'unione economica e monetaria europea”, en Mazzaresse, Tecla (ed.), *Disordine delle fonti e tutela dei diritti fondamentali*. Parte monográfica de *Diritto & questioni pubbliche*, vol. 17, núm. 1, pp. 85-107.
- Kelsen, Hans, 1944: *Peace through Law*. Chapel Hill, University of North Carolina Press.
- \_\_\_\_\_, 1945: *General Theory of Law and State*. Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Lipari, Nicolò, 2009: “Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 63, núm. 2, pp. 479-496.
- \_\_\_\_\_, 2017: *Il diritto civile tra legge e giudizio*. Milano, Giuffrè.

- Losano, Mario G., 2005: "Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali". *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, vol. 82, núm. 3, pp. 403-430.
- Marrella, Fabrizio, 2003: *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*. Padova, Cedam.
- Mazzarese, Tecla, 2002a: "Diritti fondamentali e neocostituzionalismo. Un inventario di problemi", en Mazzarese, Tecla (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, pp. 1-69.
- \_\_\_\_\_, 2002b: "Is the Age of Rights at a Turning Point?". *Finnish Yearbook of International Law*, núm. 13, pp. 107-126.
- \_\_\_\_\_, 2006: "¿Repensar la cultura de los derechos?". *Revista internacional de filosofía política*, núm. 28, pp. 149-172.
- \_\_\_\_\_, 2008: "Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali. Nuove sfide e crisi dello stato costituzionale di diritto", en Casadei, Thomas (ed.), *Lessico delle discriminazioni. Tra società, diritto e istituzioni*. Reggio Emilia, Diabasis, pp. 207-231.
- \_\_\_\_\_, 2010: "Tutela della pace o (ri)legittimazione della guerra giusta? Kelsen e il diritto internazionale preso sul serio". *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, vol. 87, núm. 4, pp. 519-556.
- \_\_\_\_\_, 2012: "Diritti fondamentali", en Pomarici, Ulderico (ed.), *Atlante di filosofia del diritto*. Torino, Giappichelli, vol. I, pp. 179-217.
- \_\_\_\_\_, 2017a: "La giustizia del diritto fra principi del costituzionalismo (inter)nazionale e disordine delle fonti del diritto". *Rivista di Filosofia del diritto*, número especial *Limiti del diritto*, pp. 41-63.
- \_\_\_\_\_, 2017b: "La (mancata) tutela dei diritti fondamentali fra sfide del costituzionalismo (inter)nazionale e disordine delle fonti del diritto", en Mazzarese, Tecla (ed.), *Disordine delle fonti e tutela dei diritti fondamentali*. Parte monográfica de *Diritto & questioni pubbliche*, vol. 17, núm. 1, pp. 109-137.
- Pariotti, Elena, 2009: "'Soft law' e ordine giuridico ultra-statuale tra 'rule of law' e democrazia". *Ragion pratica*, núm 32, pp. 87-105.
- \_\_\_\_\_, 2011: "Normatività giuridica e Governance nelle tecnologie emergenti", en Guerra, Giorgia et al. (eds.), *Forme di responsabilità, regolazione e nanotecnologie*. Bologna, il Mulino, pp. 509-549.
- Parolari, Paola, 2017a: "*Shari'ah* e corti islamiche in Inghilterra tra mito e realtà. Pluralità di ordinamenti giuridici e interlegalità nelle società multireligiose e multiculturali". *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 47, núm. 1, pp. 157-191.
- \_\_\_\_\_, 2017b: "Tutela giudiziale dei diritti fondamentali nel contesto europeo: il 'dialogo' tra le corti nel disordine delle fonti", en Mazzarese, Tecla (ed.), *Disordine delle fonti e tutela dei diritti fondamentali*. Parte monográfica de *Diritto & questioni pubbliche*, vol. 17, núm. 1, pp. 31-58.



- Pastore, Baldassare, 2014: *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*. Padova, Cedam.
- \_\_\_\_\_, 2017: "Sul disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale", en Mazzaresse, Tecla (ed.), *Disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale e tutela dei diritti fondamentali*, Parte monográfica de *Diritto & questioni pubbliche*, vol. 17, núm. 1, pp. 13-30.
- Perelman, Chaïm, 1945: *De la justice*. Bruxelles, Institut de Sociologie Solvay. Citado por la traducción italiana de Liliana Ribet, *La giustizia*. Torino, Giappichelli, 1959.
- Pintore, Anna, 2003: *I diritti della democrazia*. Roma-Bari, Laterza.
- Pisanò, Attilio, 2016: *Crisi della legge e Litigation Strategy. Corti, diritti e bioetica*. Milano, Giuffrè.
- Pontara, Giuliano, 2011: *Antigone o Creonte. Etica politica, violenza e non violenza*. Roma, Edizioni dell'Asino.
- Rimoli, Francesco, 2017: "Retorica dei diritti e retorica dei doveri: qualche considerazione "scomoda"". *Lo Stato*, vol. 5, núm. 9, pp. 71-95.
- Ripoli, Mariangela y Rubino, Margherita (eds.), 2005: *Antigone. Il mito, il diritto, lo spettacolo*. Genova, De Ferrari.
- Rodotà, Stefano, 2012: *Il diritto ad avere diritti*. Roma-Bari, Laterza.
- Ross, Alf, 1958: *On Law and Justice*. London, Stevens & Sons Ltd. Citado por la traducción italiana de Giacomo Gavazzi, *Diritto e Giustizia*. Torino, Einaudi, 1965.
- Ruggeri, Antonio, 2008: "I diritti fondamentali tra carte internazionali e costituzione (Dalla forza delle fonti alle ragioni dell'interpretazione)", en Vogliotti, Massimo (ed.), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*. Torino, Giappichelli, pp. 146-181.
- \_\_\_\_\_, 2014: "Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali". *Federalismi.it*, núm.18, pp. 1-33, <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=27479>.
- \_\_\_\_\_, 2015: "Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?" *Consulta online*, vol. 1, pp. 34-65.
- \_\_\_\_\_, 2016: "Giurisdizione e diritti. Un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione". *Consulta online*, vol. 3, pp. 349-370.
- Somma, Alessandro, 2008: "Soft law sed law. Diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti". *Rivista critica del diritto privato*, vol. 26, núm. 3, pp. 437-467.
- \_\_\_\_\_, (ed.): 2009, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*. Torino, Giappichelli.
- Steiner, George, 1984: *Antigones*. Oxford, Oxford University Press.

- Ubertis, Giulio, 2002: “Diritti fondamentali e diritto penale”, en Mazzaresse, Tecla (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, 2002, pp. 173-188.
- Vignudelli, Aljs, 2018: “Interpretazione e costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico”, en Id., *Il vaso di Pandora. Scritti sull’interpretazione*, a cura di Pedrini, Federico y Vespignani, Luca. Torino, Giappichelli, vol. 1, pp. 237- 543.
- Vogliotti, Massimo, 2007: *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*. Torino, Giappichelli.
- \_\_\_\_\_, 2008: “Introduzione”, en Id. (ed.), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*. Torino, Giappichelli, pp. 1-27.
- Waldron, Jeremy, 1987: “Introduction”, en Id. (ed.), *Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*. London, Methen, pp. 1-6.
- Zaccaria, Giuseppe, 2004: “Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi”, en Pariotti, Elena y Trujillo, Isabel (eds.), *Giustizia e mondializzazione*. Parte monográfica de *Ragion Pratica*, núm. 22, pp. 93-120.
- Zagrebelsky, Gustavo, 2017: *Diritti per forza*. Torino, Einaudi.
- Zolo, Danilo, 1998: *I signori della pace. Una critica al globalismo giuridico*. Roma, Carocci.
- \_\_\_\_\_, 2000: *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*. Torino, Einaudi.
- \_\_\_\_\_, 2002: “Teoria e critica dello Stato di diritto”, en Costa, Pietro y Zolo, Danilo (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria e critica*. Milano, Feltrinelli, pp. 17-88.

### Agradecimientos

Una primera versión de este trabajo se presentó en el seminario internacional “Sobre función judicial: ética y justicia”, celebrado en Durango los días 24 y 25 de mayo de 2018; su versión italiana, “La giustizia del diritto secondo il costituzionalismo (intern)azionale e una domanda apparentemente disorientante”, ha aparecido ya en *Lo Stato*, núm. 11, 2018, pp. 69-89. Por la revisión del texto en español, y no solo por eso, agradezco mucho a Ramón Narváez.

## Notas

- 1 Ferrajoli, 2019, p. 37, traducción mía.
- 2 Así, por ejemplo, en la literatura italiana, Pier Paolo Portinaro y Danilo Zolo.
- 3 Así, por ejemplo, en algunos de los afortunados trabajos de Duncan Kennedy, Costas Douzinas y Slavoj Žižek.
- 4 Para una crítica de los argumentos en contra de los derechos fundamentales y su cultura por parte de los exponentes del realismo político y de los *critical legal studies*, remito a Mazzaresse, 2006, p. 163.
- 5 Este ataque de Zagrebelski no solo es ampliamente compartido por Rimoli (2017) sino que también se enriquece, en su argumentación, por los *topoi* recurrentes en la “retórica de la antirretórica de los derechos fundamentales” como, por ejemplo, cuando, con una afirmación que recuerda el minimalismo de los derechos teorizado por Ignatieff (2001), se lee que lo que es de interés hoy en día es “un perfil muy concreto, aunque a menudo oculto por la retórica de los derechos fundamentales, a saber, el de la sostenibilidad efectiva de una extensión universalizante del paradigma de los derechos (y especialmente de los derechos sociales) en el marco de la complejidad sistémica de las sociedades avanzadas” (Rimoli, 2017, p. 75, traducción mía).
- 6 También Zagrebelsky, como es recurrente en literatura, especialmente entre los detractores pero a veces también entre algunos de los defensores de los derechos fundamentales más convencidos –así por ejemplo, Ferrajoli (2019, pp. 32-37)– no solo no distingue claramente sino que, a veces, superpone y parece confundir la concepción de los derechos que encuentra expresión en los siglos XVII y XVIII y la concepción radicalmente innovadora que se afirma después de la Segunda Guerra Mundial; véase *infra* § II, n. 15 y también, más ampliamente, Mazzaresse, 2012, pp. 191-194. Confusión, esta, que entre los críticos más intransigentes ha llevado a la tematización de lo que, con una fórmula de síntesis eficaz, Baccelli (2009, p. 138) denomina “hipoteca masculina y neocolonialista”; es decir, de la crítica que, sin distinción entre diferentes concepciones, en los derechos fundamentales estigmatiza la ausencia de atención a cualquier diferencia cultural y/o de género o incluso de “raza”; para referencias bibliográficas sobre la *Critical race theory* remito a Mazzaresse, 2008, p. 224, n. 3.
- 7 Véase Zagrebelsky, 2017, pp. 4-5: “¿Quién podría decir que nuestra edad es la edad de los derechos adquiridos, y no la de los derechos violados?” (traducción mía). En desacuerdo abierto con las consecuencias que Zagrebelsky trae de la observación de la violación repetida, generalizada y radical de los derechos fundamentales, Ferrajoli (2018, pp. 16-17), después de reiterar, como ya había denunciado en sus trabajos anteriores, que “estas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales se violan dramáticamente en todo el mundo y, por lo tanto, son en gran medida ineficaces”, afirma que “la causa de la tremenda distancia entre los derechos fundamentales y la realidad, entre su normatividad y su ineficacia, es la debilidad culpable, o peor, la ausencia aún más culpable de sus garantías, es decir, las obligaciones y prohibiciones correspondientes que [...] imponen a la política para establecer respecto a todos los poderes, tanto públicos como privados” (traducción mía). 8 Así, por ejemplo, en la literatura italiana, Bobbio, 1988, pp. 439-440; Ferrajoli, 2004, p. 347, y en muchos de

sus análisis posteriores; Rodotà, 2012, p. 47, así como en muchos otros de sus trabajos; Azzariti y Dellavalle, 2014; Mazzaresse, 2002b, 2012, pp. 201-210, 2017b, pp. 120-128, y por último pero no menos importante el número 2 de 2018 de *Nomos* (AA.VV., 2018) dedicado monográficamente a “Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell’Europa”.

- 8 Así, por ejemplo, en la literatura italiana, Bobbio, 1988, pp. 439-440; Ferrajoli, 2004, p. 347, y en muchos de sus análisis posteriores; Rodotà, 2012, p. 47, así como en muchos otros de sus trabajos; Azzariti y Dellavalle, 2014; Mazzaresse, 2002b, 2012, pp. 201-210, 2017b, pp. 120-128, y por último pero no menos importante el número 2 de 2018 de *Nomos* (AA.VV., 2018) dedicado monográficamente a “Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell’Europa”.
- 9 Es crítico de esta posición de Zagrebelsky, también Ansuátegui Roig (2018, p. 7) cuando escribe “una cosa es denunciar, con razón, la retórica abusiva de los derechos y otra es confundir esa retórica con el discurso de los derechos. [...] No cualquier alusión a los derechos, no todo empleo del término puede ser identificado con el discurso de los derechos. Por el contrario, es necesaria una perspectiva crítica a la hora de diferenciar “discursos que usan/abusan del argumento de los derechos”, de “discursos basados en las exigencias morales de los derechos”.
- 10 Uso “constitucionalismo (inter)nacional”, y no la locución más afortunada pero ahora definitivamente comprometida “neoconstitucionalismo”, para hacer explícito que mi atención no es dirigida a la crítica de teorías y/o ideologías como suele ocurrir cuando se escribe de neoconstitucionalismo, sino más bien que está concentrada en el análisis de las formas y modos en que, a partir de la segunda mitad del siglo XX, el derecho, su producción y su aplicación judicial han cambiado progresivamente en sus múltiples expresiones nacionales e infraestatales, supranacionales y transnacionales, no meno que internacionales. Para una argumentación más puntual de los motivos de esta elección terminológica, remito a Mazzaresse (2017a, pp. 44-46).
- 11 Es así, en particular, en el contexto europeo, tanto en la CEDH, en el art. 53, como en la *Carta de derechos de la Unión Europea*, en el art. 53.
- 12 Así, por ejemplo, como recuerda Itzcovich (2017, p. 87, n. 2) en referencia al Tribunal de Justicia de la Unión Europea: “Desde la sentencia de 17 de diciembre de 1970, C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft, se repite constantemente que ‘la protección de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios jurídicos generales de los cuales el Tribunal de Justicia garantiza el cumplimiento’” (traducción mía).
- 13 Su positivización ha encontrado expresión, en las constituciones de la segunda posguerra, con la declinación de un catálogo detallado (como ha sido en la constitución italiana y la alemana de 1948) y/o con la referencia a los derechos sancionados en una serie de cartas, convenciones, declaraciones internacionales y/o regionales (como ha ocurrido en muchas de las constituciones promulgadas o modificadas desde finales de los años setenta del siglo XX). Entre las del segundo tipo, por ejemplo, la *Constitución Argentina* que, en el párrafo 22 del artículo 75 de su reforma de 1994, después haber afirmado que “tratados y concordados” aprobados por el Congreso son jerárquicamente superior a la ley, proporciona una lista larga y detallada de convenciones, declaraciones y tratados (internacionales y regionales) ya ratificados. Y todavía, aunque en términos mucho menos detallados, la *Constitución*

*Portuguesa* de 1976 que establece que “Las disposiciones constitucionales y legales relativas a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la *Declaración Universal de Derechos Humanos*” (art. 16), y la *Constitución Española* de 1978 que sanciona que “Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce fundamentales se interpretan de conformidad con la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” (art. 10).

- 14 En el curso de los siglos, según lo documentado por Steiner (1984), las interpretaciones de la Antígona de Sófocles han sido numerosas; en particular, en el contexto jusfilosófico, como lo ejemplifica Pontara (2011, pp. 9-42) y algunas de las contribuciones a Ripoli y Rubino (eds.) (2005), las interpretaciones están divididas entre quienes exaltan las buenas razones de la desobediencia de Antígona y quienes, en cambio, justifican y reclaman las razones del orden constituido de que Creonte es portavoz.
- 15 Muy brevemente, hay al menos cuatro perfiles en relación con los cuales es plausible afirmar la naturaleza radicalmente innovadora de la concepción de los derechos fundamentales después de la Segunda Guerra Mundial en comparación con la de finales del siglo XVIII que encuentra expresión en Francia con la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 y en los Estados Unidos con el *Bill of Rights* de 1791: (i) el perfil relacionado con la individuación de quien pueda ser considerado titular de derechos (ya no específicas clases de sujetos sino cada ser humano), (ii) el perfil relacionado con la enumeración de los derechos que lo componen (derechos de la persona como individuo y como componente de formaciones sociales, derechos relativos a la formación y aplicación de la ley, derechos políticos, derechos económico-sociales pero también el derecho a la paz y a un orden social e internacional), (iii) el perfil relacionado con la caracterización de los mismos derechos (universales en su pluralismo laico, inviolables e inalienables pero también indivisibles porque complementarios los unos para los otros en su variedad y pluralidad), y no por último, (iv) el perfil relacionado con los valores y los principios que (también cuando no explícitamente formulados) connotan toda su construcción y el sentido mismo de su articulación (desde el respeto para la dignidad humana a la solidaridad, desde una igualdad en los derechos que no es extraña sino complementaria al “derecho a ser diversos”, a un pluralismo laico respetuoso de sistemas de valores diferentes).
- 16 Notación, esta, que también vale por aquellos que, como recientemente Ferrajoli (2016, cap. III), censuran la doctrina pura del derecho de Kelsen (al menos en sus reformulaciones después de finales de los años cuarenta del siglo XX) por no haber captado la innovación radical de la positivización e internacionalización de un catálogo de derechos fundamentales.
- 17 Similar, aunque diferente en su formulación, me parece la tesis de Ferrajoli (2002, p. 96) cuando afirma que “del derecho ya no esta positivizado simplemente el ‘ser’ es decir, su ‘existencia’ o ‘vigencia’, sino también su ‘deber ser’ es decir, sus condiciones de ‘validez’; ya no solo las restricciones de forma relacionadas con el ‘quién’ y el ‘cómo’ de las decisiones, sino también las restricciones de contenido relacionadas con el ‘qué’ de las mismas decisiones y que no son más que los principios y derechos fundamentales” (cursivas del autor, traducción mía).

Esta tesis en Ferrajoli encuentra su propio complemento en la tematización, considerada en el texto, del concepto de “esfera de (in)decidable”.

- 18 En efecto, en el *Preámbulo* de la *Declaración Universal* de 1948 se afirma “el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.
- 19 De hecho, ya en el *Preámbulo* de la *Carta de la ONU* se afirma el compromiso “a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, [y] a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional”.
- 20 Esta así, por ejemplo, con la *Constitución Italiana* en el artículo 24 que establece que “Todos pueden emprender acciones legales para proteger sus derechos e intereses legítimos”.
- 21 Esta así, por ejemplo, con la *Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre* de 1948 que sanciona el “derecho de justicia”; con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 que ya en el *Preámbulo* afirma “su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo”; con la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* de 2000 que en el *Preámbulo* afirma que “la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación”.
- 22 Así, en particular, en 1966, tanto en el *Preámbulo* del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* como en el *Preámbulo* del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, con la misma formulación, se afirma que “conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”.
- 23 Recurrente en su vasta producción por la centralidad que desempeña en la elaboración de su teoría del derecho y democracia constitucional, Ferrajoli (2007, vol. 2, p. 36) escribe: “La característica específica del *constitucionalismo jurídico* con respecto a los sistemas jurídicos de naturaleza meramente [...] legislativa es una [...] característica estructural: la subordinación de las mismas leyes al derecho expresada por lo que he llamado el *principio de legalidad sustancial o de estricta legalidad*, según el cual una norma es válida, así como en vigor, solo si su contenido no está en conflicto con los principios y derechos fundamentales establecidos por la Constitución” (cursivo del autor, traducción mía).
- 24 Enunciado explícitamente o solo implícitamente presupuesto, el del “coto vedado” (para el legislador y la discreción de sus decisiones) es un supuesto recurrente en las obras de Garzón Valdés: así, por ejemplo, en *Cinco confusiones sobre la determinación moral de la diversidad*

*cultural, en Hipocresía, simpatía y Estado de derecho y en Representación y democracia*, trabajos todos incluidos en Garzón Valdés (2003).

- 25 Ferrajoli (2007, vol. 2, p. 19). Recurrente también en sus obras después de 2007, el concepto de “esfera de lo (in)decidible”, ha sido tematizado ya a partir de Ferrajoli (1998, p. 15) para indicar un área sustraída de principio, aunque no siempre de hecho, a la discreción del legislador y la injerencia e interferencia del mercado y la política.
- 26 Es legítimo afirmar que la tematización de estos conceptos por Garzón Valdés y Ferrajoli ya está prefigurada por los términos en los que Bobbio (1960, p. 187), con referencia a las normas constitucionales que sancionan derechos fundamentales, distingue entre límites formales y límites materiales de validez (distinción, esta, tomada de Kelsen, quien, sin embargo, de los derechos fundamentales rara vez hace mención explícita). La legitimidad de identificar en Bobbio una prefiguración o anticipación de las nociones de “coto vedado” y de “esfera de lo (in)decidible”, es afirmada y más ampliamente examinada también por Bovero (2008) con referencia a Bobbio (1981). Sobre este punto remito a Mazzaresse (2017a, pp. 50-51).
- 27 Es por Kelsen (1945, p. 161) la afirmación de que como Rey Midas cambiaba en oro todo lo que tocaba, igualmente el derecho transforma en jurídico (es decir, otorga un específico valor y connotación jurídica a) todo lo que es objeto de su propia disciplina y regulación.
- 28 O, en los términos de De Giorgi (2017, p. 15), “La determinación del derecho [...] es el resultado de mantener la diferencia entre lo que es derecho y lo que no es derecho y la diferencia se construye dentro del derecho y consiste en la redefinición continua del *límite* del derecho” (cursivo del autor, traducción mía).
- 29 Kelsen (1944). Doctrina, esta de Kelsen, aún hoy en gran parte subestimada, o incluso rebajada por la recurrente polémica de quienes afirman que Kelsen ha sido un teórico de la guerra justa; así, por ejemplo, Zolo (1998, pp. 21-48, y 2000, p. 112) y, más recientemente, también Ferrajoli (2016, pp. 27-35). Sobre la relevancia de la doctrina internacionalista de Kelsen y, en particular, del asunto de la paz a través del derecho recurrente en sus obras desde 1920, remito a Mazzaresse (2010).
- 30 Los trabajos llevados a cabo por la Comisión de Venecia son poco conocidos y, sobre todo, subestimados por una comunidad internacional que a menudo se distrae o incluso se impacienta con los preceptos del derecho internacional (no menos que con ocasionales intentos de su posible implementación); una comunidad internacional que, desde la primera Guerra del Golfo de 1991, se ha mostrado más propensa a la arrogancia de la “democracia a través de la guerra” (“*democracy through war*”) que a una estrategia cuidadosa y prudente de “democracia a través del derecho” (“*democracy through law*”).
- 31 En relación a esta redefinición compleja y multifacética, Caretti (2016), en contraste tanto con quien disminuye su alcance considerándola “un fenómeno vinculado a razones contingentes [...] de las instituciones de representación política” (p. 25) como con quien la estigmatiza como “nada más que el fruto de un exceso del ‘activismo’ de los jueces” (p. 25), afirma que “lo que estamos experimentando no es una situación patológica, sino un desarrollo fisiológico del estado constitucional [que] marca la transición de una democracia legislativa a una democracia

constitucional; de una democracia monista a una democracia pluralista; de una democracia nacional a una democracia supranacional” (p. 29, traducción mía).

- 32 En cambio, en los países de *common law*, donde, en la variedad de formas en diferentes países, sus decisiones judiciales son tradicionalmente fuentes de derecho *optimo iure*, la redefinición de los términos del sometimiento del juez a la ley es menos dramática y menos dramatizada. Sobre esto dado llama la atención quien como Fiandaca (2017, p. 118) señala que “haber considerado la ‘ley’ como el instrumento apropiado para garantizar un ejercicio no arbitrario del poder punitivo ha sido el [...] fruto de una evaluación histórico-contingente, a su vez influenciada por la historia político-constitucional diferente que actúa como fondo de los sistemas que se remontan [respectivamente a los sistemas de *common law* y de *civil law*]” y subraya cómo “[las] motivaciones ideológicas que se remontan a la Era de la Ilustración” en la que se basa “[la] confianza depositada durante décadas, al menos han perdido una parte de su valor” (traducción mía). Y más, lejos de ser dramatizada o solo problematizada, esta redefinición es recibida incluso con un exceso de entusiasmo por parte de quien, como Grossi (2015, pp. 75-76) en la literatura italiana más reciente, la considera una liberación de las “mitologías” del positivismo jurídico y, en referencia a el derecho de la Unión Europea, escribe que “el principio de división de poderes no tiene esta espasmódica, obsesiva, circulante en los estados de Europa continental, tanto que su órgano judicial supremo categoricidad, la Corte de justicia en Luxemburgo, sí es una institución judicial, pero a la que esencialmente se le confía un papel importante en la promoción y determinación del derecho de la Unión, en particular sobre el tema vital de la identificación de los derechos fundamentales del ciudadano europeo” (traducción mía).
- 33 De Vergottini (2018), en cambio, es crítico respecto a la posibilidad de hablar correctamente de “diálogo” en relación con las dos situaciones indicadas en el texto.
- 34 No es sorprendente que esta notación es presente sobre todo, aunque no solo, en la literatura iusfilosofica de matriz hermenéutica –así, en Italia, por ejemplo, en Zaccaria (2004), Vogliotti (2007 y 2008), Pastore (2014 y 2017)– y en los análisis de los juristas que, en lo específico del propio ámbito disciplinario, adoptan y vuelven a proponer el aparato categórico hermenéutico (y sus sugerencias) –así, en Italia, por ejemplo, en el sector privatista Lipari (2009 y 2017), en el campo constitucionalista Ruggeri (2008, 2014 y 2016) y en el campo penal Fiandaca (2017, pp. 114-150). No es sorprendente porque, como es bien sabido, es un rasgo distintivo de la hermenéutica jurídica la importancia peculiar atribuida al papel del juez, independientemente de cualquier desorden del sistema de fuentes. Por otro lado, en cambio, en un contexto que quizás está demasiado condicionado por una concepción del derecho positivo de los siglos diecinueve y veinte, sorprende tanto la posición de quien –por ejemplo De Vergottini (2006 y 2010)– considera marginal y poco relevante desde un punto de vista teórico las transformaciones que por lo menos durante setenta y cinco años han afectado las formas y los modos en que el derecho (inter)nacional encuentra su expresión, así como la posición de quién –en particular Ferrajoli (2013) y desde último (2016)– desde una perspectiva abiertamente



neo-iluminista, estigmatiza la deriva iliberal y antidemocrática que la pérdida de la división de poderes no puede sino determinar.

- 35 Para una interesante colección de artículos sobre el tema y para referencias bibliográficas adicionales, véase Alpa, 2005; y más, desde una perspectiva crítica, también véase De Vergottini (2010, pp. 97-114, y 2018, pp. 377-380).
- 36 En una perspectiva diferente –es decir en una perspectiva dirigida a denunciar la “falacia” de la alternativa “entre *decisión política* sobre el contenido de los derechos (por el cuerpo legislativo) y *custodia técnica* de tales contenidos (por los tribunales)” –este perfil del constitucionalismo (inter)nacional (o, en su léxico, de los derechos de la democracia) está estigmatizado por Pintore (2003, pp. 105-108, cursivas del autor, traducción mía). Y, sin embargo, en una perspectiva no muy diferente a la de Pintore, aunque con argumentos que no siempre coinciden, la dimensión cada vez más política de la protección judicial de los derechos fundamentales está estigmatizada, por ejemplo, por Hirschl, 2004 y 2006, y Pisanò, 2016.
- 37 Para un análisis (i) de algunos de los derechos fundamentales *sobre* la aplicación judicial del derecho sancionados en el derecho (inter)nacional, (ii) de los valores de los cuales son expresión y (iii) de quienes son sus titulares, remito a Mazzarese (2002a, pp. 45-51).
- 38 Ya he propuesto la distinción entre derechos fundamentales *sobre* la aplicación y en la aplicación judicial del derecho en Mazzarese (2002a, pp. 43-53), para evidenciar los dos perfiles principales en relación con los cuales, en el constitucionalismo (inter)nacional, los derechos fundamentales revelan su centralidad en la aplicación judicial del derecho. La distinción evoca (pero no coincide con) la aparentemente similar trazada por Ubertis (2002, pp. 173-174) entre los derechos del juicio penal y *en el* juicio penal.
- 39 Para un análisis del papel que los derechos fundamentales tienen a menudo, positiva y negativamente, de forma directa o indirecta, en el proceso decisional que lleva a la resolución de una disputa, remito a Mazzarese, 2002a, pp. 45-51.
- 40 Ejemplar la sentencia 4184 de 2012 de la Corte de Cassazione italiana, antes de la aprobación en 2017 de la ley Cirinnà sobre uniones civiles, donde se afirma que “[los] miembros de la pareja homosexual, que viven en una relación estable de facto, si –según la legislación italiana– no pueden afirmar ni el derecho a contraer matrimonio ni el derecho a la transcripción del matrimonio contraído en el extranjero, sin embargo, *independientemente de la intervención del legislador sobre el asunto*, como titulares del derecho a la “vida familiar” y en el ejercicio del derecho inviolable a vivir libremente una condición de pareja y del derecho [...] a la protección de otros derechos fundamentales, *pueden apelar a los jueces comunes para que [...] afirmen, el derecho a un tratamiento homogéneo del que garantiza la ley a la pareja casada* y, en tal sede, eventualmente plantear las excepciones de ilegitimidad constitucional de las disposiciones de las leyes vigentes, aplicables en casos individuales” (traducción y cursivas mías).
- 41 Principio, o en su léxico “canon”, del cual Ruggeri (2015, pp. 49-50) registra una centralidad establecida en la jurisprudencia (inter)nacional, cuando escribe: “El canon de la protección más ‘intensa’ [...] surge hoy como la *Grundnorm* auténtica o el *Grundwert* de las relaciones interordinamentales: una especie de ‘metacriterio’ [...] en cuya aplicación pueden (y deben) realizarse los bilanciamentos sobre la base del valor entre intereses protegidos constitucionalmente, también precisamente en su proyección o dimensión

interordinamemtal” (traducción mía). Para un cuidadoso análisis crítico de los términos en que, en el contexto europeo, el principio de mayor protección de los derechos está consagrado en el artículo 53 del CEDH, reformulado, luego, con el artículo 53 de la *Carta de Derechos de la Unión Europea* y (a pesar de la indeterminación de su formulación en ambos casos) constituye una máxima indiscutible en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Derechos Humanos, véase también Parolari, 2017b, pp. 37-39.

- 42 Que la positivización e internacionalización de los derechos fundamentales identifican y establecen un principio jurídico otro, diverso y no necesariamente complementario al principio de sujeción del juez a la ley, no siempre parece ser tenido en cuenta por una literatura que a menudo es acriticamente polémica hacia un presunto “activismo” de los jueces y/o por quienes, como por ejemplo en la literatura italiana Ferrajoli y Vignudelli, que, cada uno en la especificidad de su propia posición, defienden y reivindican la posibilidad teórico-conceptual de criterios *stricto sensu* lógico-epistemológicos que permitan el fundamento de un modelo jurisprudencial que excluya, o al menos limite, la discrecionalidad de la interpretación y aplicación del derecho.
- 43 Para una ejemplificación de las diferentes posiciones que se comparan en este tipo de debate, remito a Mazzaresse, 2017b, pp. 44-46.
- 44 Sobre la distinción entre los dos ordenes de desafíos del constitucionalismo (inter)nacional al que se refiere el texto y para su examen remito a Mazzaresse, 2017b.
- 45 La primacía del derecho sobre la política, reivindicada, como se señala en el texto (§ II.A), con la tematización de nociones como la de “coto vedado” de Garzón Valdés y/o la de “esfera de lo (in)decidible” de Ferrajoli para establecer, una y la otra, los límites infranqueables de la discreción del legislador, demuestra ser contingente y efímera, como testimonian en las últimas décadas medidas administrativas y intervenciones legislativas, allá donde la política, en sus expresiones autoritarias y/o populistas, obtiene la fuerza y el consenso para cuestionar los derechos fundamentales y para desvalorar y alterar el sentido de los términos de su enunciación posterior a la Segunda Guerra Mundial. Esta notación, aunque de acuerdo con la afirmación de Vignudelli (2018, vol. 1, pp. 376-378) sobre la naturaleza contingente del principio de protección de los derechos fundamentales, sin embargo no está de acuerdo con su crítica contextual del carácter distintivo y fundamental de este principio con respecto al modelo de estado constitucional; al menos con respecto al modelo que de él se estableció en la segunda mitad del siglo XX. La reivindicación del carácter distintivo y fundante, para el estado constitucional de derecho, del principio de la tutela de la dignidad y los derechos fundamentales no es una consecuencia de una especulación arbitraria de la literatura no siempre convincente sobre el neoconstitucionalismo ni de una herencia neo-iluminista que recuerda el artículo 16 de la *Declaración francesa* de 1789 (“Cualquier sociedad en la que no se asegura la garantía de los derechos fundamentales ni se determina la separación de poderes, no tiene constitución”) sino que se basa en su sanción, explícita y reiterada en los últimos setenta

y cinco años, en el derecho internacional, regional y nacional de todos aquellos países que, sea por conveniencia o por convicción, lo han enunciado en sus constituciones.

- 46 Con referencia a Grossi (2008, p. 45), de “pluralismo generalizado, confuso e indomable” habla Lipari (2009, p. 489).
- 47 En una perspectiva más crítica de la pluralidad de sus enunciaciones que preocupada por los términos de su protección, la creciente complejidad y vastedad del derecho internacional de los derechos fundamentales esta estigmatiza por Zolo (2002, p. 68) cuando escribe que “en la segunda mitad del siglo pasado [se ha asistido a] una inflación verdadera de Cartas de los derechos. Cualquiera que sea su valor simbólico o moral, fue un enredo de documentos, tratados y convenciones internacionales que no han sido mucho más que compilaciones legislativas prolíficas, repetitivas e ineficaces”.
- 48 Eficaz la caracterización del *soft law* “como ‘cluster concept’; es decir, como concepto compuesto por muchos elementos, que, de vez en cuando agrupados en prácticas particulares, pueden dar lugar al fenómeno regulatorio”; caracterización, esta de “cluster concept”, que Pariotti (2009, p. 89, traducción mía) reanuda de Black (2002, p. 24). También, sobre el tema de la pluralidad heterogénea de formas de *soft law* y/o su impacto sobre el desorden de las fuentes del derecho (inter)nacional, véase, en la literatura italiana, Barberis, 2008, p. 274-279, Somma, 2008, 2009, Pariotti, 2011, Pastore, 2014, pp. 103-119.
- 49 Para una reconstrucción histórica de las diferentes fases en que se ha desarrollado la *lex mercatoria* a partir del período feudal en Europa, véase Galgano, 1976, 2005, pp. 43-76, y Marrella, 2003, pp. 19-31.
- 50 De “ley infraestatal” habla por ejemplo Losano, 2005; de “ley infranacional” habla, por ejemplo, Zaccaria, 2004, §3.
- 51 Solo por mencionar algunos de los ejemplos más llamativos, puede pensarse en la redefinición de los términos para limitar las garantías de los derechos económicos y sociales, pero también en las clamorosas derogaciones al derecho a la tutela de la *privacy* o a la prohibición de ser sometido a tortura y, no último, al derecho de migrar.
- 52 Acerca del concepto de “interlegalidad” y de los términos en que, en sociedades multiculturales atentas a la protección de los derechos vinculados a la diversidad cultural, tal vez pueda considerarse un instrumento alternativo al pluralismo jurídico, véase Parolari, 2017a, pp. 189-191.
- 53 La expresión es de Grossi (2015, p. 60, traducción mía), allá donde critica el “valor ético acalorado” del cual se ha coloreado el principio de la certeza jurídica.
- 54 Cassese, 2011. A pesar de su gran atención a las transformaciones del derecho nacional e internacional, en este ensayo, Cassese usa “alegalità legal” (no en relación con la pluralidad de formas en que la globalización jurídica encuentra expresión, sino más bien) para estigmatizar un rasgo que considera recurrente en la historia del Estado italiano.

**Recepción: 17 julio 2019**  
**Aceptación: 30 julio 2019**