RAZONAMIENTO JUDICIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES Observaciones lógicas y epistemológicas*

Tecla Mazzarese
Universidad de Brescia

0. Introducción

Son al menos dos las razones que estimulan una reflexión sobre el razonamiento judicial que tenga en cuenta y que dé cuenta del papel cada vez más invasivo de los derechos fundamentales en las formas y en los modos de la jurisdicción.

Una primera razón es la cada vez mayor atención del legislador (supra)nacional a la definición y articulación de procedimientos judiciales caracterizados por la tutela y la garantía de los derechos fundamentales de las partes de una controversia, pero también de quien debe decidir la controversia, y, no en último lugar, de la colectividad misma en su totalidad (la obligatoriedad de la acción penal, por ejemplo, es, sí, tutela de la imparcialidad y de la independencia de quien juzga, pero también, en relación con la colectividad en su totalidad, una de las formas de realización del principio de igualdad). Atención, ésta del legislador (supra)nacional, para una cada vez más plena realización de un "justo proceso" que encuentra expresión en mecanismos jurídicos que, sin embargo, no siempre ni necesariamente coinciden o concuerdan con criterios, avalorativos y objetivos, de matriz lógica y/o epistemológica. Esta atención, dirigida a una cada vez más plena realización de un "justo proceso", encuentra expresión en una jerarquía de valores en la cual la tutela de los derechos fundamentales puede ser preeminente respecto a la búsqueda de la verdad en la reconstrucción de aquello sobre lo que versa la controversia, del mismo modo que puede ser dirimente en la selección de la interpretación del derecho a aplicar para su resolución.

---

* Una primera versión de este trabajo fue presentada al Congreso *¿Cómo argumentan los jueces?*, desarrollado en San Sebastián el 30 de octubre de 2001 y al primer Seminario Alberto Calsamiglia, desarrollado en Barcelona el 13-14 de febrero de 2003. Agradezco sus comentarios y observaciones a Juan Igartua, Victoria Iturralde Sesma, José Juan Moreso, Maribel Narváez, Giorgio Danesi y Susanna Pozzolo.

Una segunda razón, además, que estimula una reflexión sobre este tema es la cada vez más difundida praxis jurisprudencial de la justiciabilidad de los derechos fundamentales, aun cuando falte una explícita disciplina legislativa que facilite, si no garantice la tutela judicial. Justiciabilidad que no puede dejar de reflejarse sobre las formas y sobre los modos del razonamiento judicial a causa de las dificultades, epistemológicas y lógicas, debidas a la problematicidad de la noción misma de derechos fundamentales.

Ambas razones concurren, por un lado, a hacer manifiestamente evidente la naturaleza constitutiva y no declarativa de las premisas y conclusiones de las decisiones judiciales y, por otro lado, permiten denunciar el carácter sea derrotable (y/o no monotónico) sea aproximado de las modalidades de razonamiento que llevan a la selección y a la formulación de premisas y conclusiones de las decisiones judiciales. Esta es, en extrema síntesis, la tesis de este trabajo.

Ahora bien, antes de proceder a un examen de algunas de las dificultades epistemológicas (§ 3.2.) y lógicas (§ 3.3.) derivadas de la problematicidad de la noción misma de derechos fundamentales (§ 3.1.) es, sin embargo, oportuno bosquejar, aunque sea sólo sumariamente, los principales rasgos distintivos del llamado Estado constitucional de Derecho (§ 1.), modelo de Derecho, éste, en relación con el cual y en razón del cual los derechos fundamentales han adquirido un papel central en la articulación de las formas y de los modos de la jurisdicción (§ 2.), condicionando, por ello, las formas y los modos de razonamiento en los que encuentra expresión la aplicación judicial del Derecho.

1. Derechos fundamentales y Estado constitucional de Derecho

Es innegable la cada vez mayor centralidad jurídica, además de política, de la tutela de los derechos fundamentales a partir de la segunda mitad del siglo pasado: el fin de la segunda guerra mundial ha marcado, en efecto, a finales de los años cuarenta, las primeras declaraciones solemnes de los mismos a nivel internacional con la Carta de la ONU y con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y, a nivel nacional, con las constituciones de varios países (Italia y Alemania, primero y, después, en los años setenta, España y Portugal). El fin de la guerra fría con la caída del muro de Berlín y la disolución de la Unión Soviética ha vuelto a plantear, quizás con no menor urgencia, la necesidad de una afirmación y tutela tanto nacional (tal como muestra la redacción de los textos constitucionales de muchos países de la Europa oriental y de algunos países asiáticos[1]) como supranacional

[1] De particular interés, a este respecto, es el trabajo desarrollado por la llamada Comisión de Venecia, *Democracy Through Law.* Constituida el 10 de mayo de 1990 por el Consejo de

(tal como lo revela el debate de hoy sobre un posible constitucionalismo europeo y, aunque en perspectiva más remota, internacional y mundial[2]). Y, por último, una reafirmación dramática de la centralidad del problema de la protección de los derechos fundamentales se deriva del atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001 contra los Estados Unidos: a pesar, o, más correctamente, precisamente porque, en nombre de la seguridad, amenaza una derogación cada vez más amplia y difusa de tales derechos[3].

Ahora bien, la positivación (la explícita formulación y enunciación) de los derechos fundamentales en los textos constitucionales y/o en documentos normativos de rango constitucional, conjuntamente con la preadopción de medidas para garantizar su realización y su tutela, ha tenido efectos cada vez más invasivos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos en los que ha tenido lugar, condicionando cada vez más radicalmente el concepto mismo de Derecho en su dimensión ontológica, epistemológica y fenome-

---

Europa, la Comisión de Venecia está compuesta por un representante de cada país de la Unión más un presidente, y sus miembros se encuentran en Venecia para discutir y sugerir posibles soluciones a los problemas de ingeniería institucional que le vienen sometidos por muchos países (sobre todo asiáticos del área de la ex Unión Soviética) que tratan de adecuarse a los estándares de la democracia occidental. Resulta manifiesto el calco de la expresión *Democracy through Law* de *Peace through Law*, el título del famoso ensayo de Hans Kelsen aparecido en 1944, en la vigilia de la conclusión del segundo conflicto mundial.

[2] La deseabilidad de un constitucionalismo mundial o internacional, no obstante las manifiestas dificultades con las que no puede dejar de encontrarse la posibilidad de su realización, ha sido afirmada numerosas veces por L. Ferrajoli, por ejemplo, en [1999, pp. 74-76], [2000, pp. 63-69 y 90-96], [2001], [2002 a, pp. 106-107] y [2002 b, pp. 371-377]. Aunque en términos no siempre coincidentes y/o con argumentos no siempre equivalentes, una forma de constitucionalismo mundial y/o internacional y/o una forma de democracia cosmopolita y/o global es auspiciada por J. Habermas, Richard Falk, David Held. Por el contrario, una posición no sólo escéptica, sino drásticamente crítica, ha sido expresada, por ejemplo, por D. Zolo [2002, pp. 57-58], cuando escribe: "autores como Falk y Held están interesados en divulgar algunas consignas sugestivas *–global civil society, global constitutionalism, global democracy, cosmopolitan democracy,* etc.–, con la tendencia a 'pantografar' a nivel global sus convicciones liberal-democráticas, sin un cuidado preciso ni de especificación normativa e institucional del proyecto de un eventual Estado de Derecho planetario, ni de interacción con las culturas políticas y jurídicas no occidentales, que deberían implicarse en el proyecto cosmopolita. En cuanto a Habermas, no parece albergar ninguna duda sobre el nexo de causalidad evolutiva, por así decirlo, que en su opinión hace descender el "Derecho cosmopolita" del Estado de Derecho y la ciudadanía universal de la ciudadanía democrática. [...] Se trata en todos estos casos de ejemplos muy característicos de una utilización fuertemente etnocéntrica de la *domestic analogy*, que da por descontada la analogía entre la *civil society*, que entre los siglos XVII y XVIII ha sostenido el desarrollo del Estado moderno europeo, por una parte, y, por otra, la actual y supuesta *global civil society".*

[3] Sobre la (amenaza de) una derogación cada vez más amplia y difusa de la tutela de los derechos fundamentales, cfr., por ejemplo, el *Informe Anual* de Amnesty International de 2002 y la introducción al mismo firmada poor I. Khan; cfr., además, por ejemplo, R. Dworkin [2002 a] y [2002 b] y V. Monetti [2002].

nológica; esto es, condicionando y estimulando una redefinición (a) de los criterios de identificación de las normas cuyo conjunto integra y constituye un ordenamiento jurídico (dimensión ontológica), (b) de las formas en que puede darse conocimiento de tales normas (dimensión epistemológica), y (c) de los modos en que puede darse realización y/o aplicación (también) judicial de tales normas (dimensión fenomenológica). Esta redefinición de los criterios de identificación del Derecho, de las formas de su conocimiento y de los modos de su realización y/o aplicación, estimula y legitima la tematización de un modelo jurídico diferente y distinto del propio del Estado (liberal) de Derecho: esto es, el modelo del Estado constitucional de Derecho[4].

En particular, en primer lugar, los criterios de identificación de las normas de un ordenamiento no se agotan ya (como, sin embargo, era característico de los ordenamientos jurídicos de los Estados liberales de Derecho) en los únicos criterios de carácter formal consistentes en la conformidad de la producción normativa con las metanormas de procedimiento y de competencia, sino que están flanqueados e integrados por criterios de carácter material consistentes en la conformidad de la producción normativa con los valores expresados por los derechos fundamentales explícitamente positivizados[5]. Criterios materiales que son preeminentes y prevalentes respecto a los de carácter formal: aunque aprobada y emanada según los procedimientos previstos por el ordenamiento, una ley, cuyo contenido no sea conforme con los valores expresados por los derechos fundamentales enunciados en

[4] Una importancia notable a la oposición terminológico-conceptual entre Estado (liberal) de Derecho o Estado legislativo y Estado constitucional de Derecho es atribuida, por ejemplo, por G. Zagrebelsky [1992], J. Habermas [1996] [1998], L. Ferrajoli [2000], [2001], [2002 a], [2002 b], P. Häberle [2000].

[5] Aunque con distintos énfasis y en una perspectiva teorético-conceptual no coincidente, los criterios materiales de validez no son ignorados por los iuspositivistas. Por el contrario, ya en la primera edición de la *Reine Rechtslehre*, Hans Kelsen [1934, trad. italiana, pp. 105-106] escribe que la función esencial de la constitución "consiste en regular los órganos y el procedimiento general de la producción jurídica, es decir, de la legislación. La constitución puede, sin embargo, determinar también el contenido de las leyes futuras y no es de ninguna manera infrecuente el caso de que las constituciones positivas hagan esto de forma que ciertos contenidos sean prescritos o excluidos [...] La enunciación de los derechos fundamentales y de libertad que constituye parte integrante típica de las constituciones modernas no es esencialmente otra cosa que una de esas determinaciones negativas. La garantía constitucional de la igualdad ante la ley o de la libertad personal o de conciencia no es otra cosa sino la prohibición de leyes que traten de forma desigual a los súbditos en determinadas relaciones o que invadan una determinada esfera de libertad". Los criterios materiales de validez no son tampoco ignorados por Ross [1958, trad. italiana, pp. 75-76] y [1968, trad. italiana, p. 160] cuando habla de normas de competencia material además de las normas de competencia personal o procedimental.

la constitución, es, en efecto, pasible de anulación, o, según formas diversas de control de legitimidad, de no aplicación judicial.[6]

En segundo lugar, también las formas de conocimiento del material jurídico, la presunta avaloratividad y objetividad en la descripción y sistematización del material normativo, no pueden no reflejar, y estar condicionadas al tiempo, por los valores que, expresados por los derechos fundamentales a nivel constitucional, condicionan tanto la producción como la aplicación de las normas del ordenamiento.

Y, en tercer lugar, los modos de realización y/o aplicación (judicial) del Derecho no se reducen ya (en el caso de que esta reducción haya sido alguna vez efectivamente posible) a un aséptico reconocimiento de la ley o a una concreción mecánica de la misma (tal como se solía afirmar de los ordenamientos jurídicos de los Estados liberales de Derecho)[7], sino que son ellos mismos inducidos a tener en cuenta los valores expresados por los derechos fundamentales, enunciados a nivel constitucional, tanto en la interpretación, como, si es el caso, en la denuncia de la eventual inconstitucionalidad de la ley.

2. Derechos fundamentales y aplicación judicial del Derecho

Son al menos dos, como se ha indicado ya, los perfiles en relación con los cuales los derechos fundamentales revelan su centralidad en la aplicación judicial del Derecho: el primero es el de su papel en la articulación de las formas y los modos de la jurisdicción, esto es, en la (re)definición de las modalidades procedimentales con arreglo a las cuales se da aplicación judicial del Derecho; el segundo perfil es el de su papel, no en la (re)definición de las modalidades procesales, sino en la (y por la) resolución misma de las controversias, esto es, en la identificación y/o en la interpretación del Derecho en base a la cual decidir acerca de las controversias.

Dicho de otra manera, el primero de los dos perfiles es el de los derechos fundamentales *sobre* la aplicación judicial del Derecho, el segundo es el de los derechos fundamentales *en* la aplicación judicial del Derecho.[8] Dos

---

[6] Para un examen de algunas de las principales formas de control de legitimidad en ordenamientos diversos, cfr., por ejemplo, R. Guastini [1998, pp. 328-330] y [2002, pp. 149-151].

[7] Vale, una vez más, cuanto se ha señalado antes en la nota 5 en relación con los criterios materiales de validez: aunque con distinto énfasis y desde una perspectiva teórico-conceptual no coincidente, críticas a una concepción mecanicista y/o logicista de la aplicación (judicial) del Derecho son propias también de los más autorizados exponentes del iuspositivismo del siglo XX, Hans Kelsen, Alf Ross y Herbert Hart.

[8] La distinción entre derechos fundamentales *sobre* la aplicación judicial del Derecho y derechos fundamentales *en* la aplicación judicial del Derecho remite a (pero no coincide con) la distinción, propuesta por G. Ubertis [2002, pp.173-174] entre derechos *del* proceso penal y

perfiles que son, sí, distintos, pero no carentes de relación: la identificación de los derechos fundamentales *sobre* la aplicación judicial del Derecho se refleja en, y condiciona, al menos en parte, la posibilidad misma de realización y de tutela de los derechos fundamentales *en* la aplicación judicial del Derecho.

2.1. Derechos fundamentales sobre la aplicación judicial del Derecho

A pesar de las críticas con frecuencia fundadas y compartibles sobre los retrasos y/o sobre la inadecuación de las intervenciones legislativas[9], es sin embargo innegable una manifiesta atención del legislador (supra)nacional a la definición de los modelos procesales caracterizados por la garantía de los derechos fundamentales, esto es, de los modelos procesales que son ellos mismos expresión de una realización plena de los derechos fundamentales y que, al mismo tiempo, posibilitan una efectiva tutela judicial de los derechos fundamentales.

Una confirmación de esta atención es la explícita enunciación de un catálogo más o menos amplio y articulado de derechos fundamentales inherentes a la aplicación judicial del Derecho, tanto a nivel nacional en la constitución de los ordenamientos jurídicos contemporáneos de muchos países (occidentales), como en documentos, solemnes y (aunque no siempre) vinculantes de carácter regional e internacional (así, por ejemplo, en la Declaración Universal de 1948, en la Convención Europea de 1950 y, más recientemente, en la Carta de Niza aprobada en el 2000).

A esta atención manifiesta del legislador (supra)nacional no corresponde, sin embargo, una solución unívoca ni respecto a la selección de los valores a realizar y a tutelar, ni respecto a la selección de los instrumentos más idóneos para su realización.

En particular, no es unívoca la selección de valores: y lo testimonia, más allá de algunas, aun significativas, concordancias, la no equivalencia entre los derechos enumerados en catálogos de ordenamientos distintos, cuando

---

derechos *en* el proceso penal. En los términos en los que Ubertis traza la distinción, los derechos *del* proceso penal son "los derechos reconocidos a las partes (y, sobre todo, al imputado) en el ámbito del proceso, con específica referencia a las actividades procesales, identificando las que resultan indefectibles en cuanto que caracterizantes de la jurisdicción", mientras que los derechos *en* el proceso penal son "los derechos fundamentales extraprocesales que pueden ser violados por el desarrollo del proceso penal, a fin de determinar si tal cosa está jurídicamente permitida y eventualmente con qué límites y modalidades. Piénsese, por ejemplo, en las hipótesis de arresto o de detención y en las de registro o interceptación telefónica: es evidente que en el primer caso se trata de una limitación del derecho a la libertad personal y en el segundo se trata de una injerencia en el derecho al respeto a la vida privada".

[9] Así, por ejemplo, las enumeradas por M. Taruffo [2002].

no en su diversa configuración, en un mismo ordenamiento, respecto de ámbitos procesales distintos.

Y además, no es tampoco unívoca la selección de los instrumentos a adoptar: y lo denuncian las críticas dirigidas con frecuencia a la inadecuación / insuficiencia de las medidas legislativas adoptadas de cuando en cuando.

Atención, por tanto, tan grande y manifiesta como, quizás, amplio y evidente es el disenso que acompaña sea a la selección de los valores de los que se asume que la aplicación judicial del Derecho debe ser garante, sea la especificación de las modalidades juzgadas más idóneas para asegurar su realización.

Atención y disenso que no pueden no reflejarse, una y otro, aun cuando obviamente en términos no siempre equivalentes, sobre las formas y sobre los modos en que se configura el razonamiento judicial en las diversas fases en las que se articula la resolución de una controversia.

2.2. Derechos fundamentales en la aplicación judicial del Derecho

No menos central que el papel de carácter procedimental en la articulación de las formas y de los modos de la aplicación judicial es el papel de carácter sustancial que, en muchos ordenamientos jurídicos contemporáneos, los derechos fundamentales tienen en la y para la decisión de las controversias.

No menos relevante es, en efecto, el papel que los derechos fundamentales tienen con frecuencia, en positivo o en negativo, en forma directa o indirecta, en el proceso decisorio que lleva a la solución de una controversia.

En modo *positivo* cuando se da tutela judicial, en forma directa o indirecta, de los derechos fundamentales. En modo *negativo* cuando, por el contrario, por razones derivadas del desarrollo de algunas actividades procesales, la ley permite la posibilidad de una derogación de los mismos.

Es relevante su papel en un caso y en el otro.

En negativo, esto es, cuando la ley permite la posibilidad de una derogación de los mismos (así, por ejemplo, la limitación del derecho a la libertad personal en los casos en los que está previsto el arresto o la detención, o la injerencia en el derecho al respeto a la vida privada en los casos en los que están previstos registros o interceptaciones telefónicas[10]), su papel es relevante porque testimonia la (potencial) competitividad entre los valores

[10] Y este es el caso al que hace referencia G. Ubertis [2002, p.173] cuando distingue los derechos *del* proceso penal de los derechos *en* el proceso penal y caracteriza a estos últimos como "derechos fundamentales extraprocesales que pueden ser violados por el desarrollo del proceso penal".

subyacentes a derechos fundamentales distintos[11] y ejemplifica la exigencia de una ponderación de los mismos y/o de la definición de una compleja red de excepciones y de vínculos[12].

En positivo, esto es, cuando se da aplicación judicial de los derechos fundamentales, su papel es relevante no sólo, como es obvio, si y en cuanto que intervienen como (o, al menos, concurren a integrar la) *ratio decidendi* de una controversia, sino sobre todo porque testimonian el rasgo quizás más significativo de un Estado constitucional de Derecho: la efectiva accionabilidad o justiciabilidad de los derechos fundamentales, no su mera enunciación.

Son distintas las formas, *directas* e *indirectas*, en que puede darse aplicación judicial de los derechos fundamentales, también, pero no sólo, en relación con ordenamientos jurídicos diferentes.

Entre las *directas*, una primera forma de tutela de los derechos fundamentales se da en el caso en que los jueces de primera instancia pueden intervenir sobre el control de constitucionalidad de las leyes, directa o indirectamente: directamente como, por ejemplo, en el caso del ordenamiento de los Estados Unidos caracterizado por un sistema de control difuso de constitucionalidad de las leyes que permite al juez de primera instancia no aplicar una ley que juzgue inconstitucional; indirectamente como, por ejemplo, en el caso del ordenamiento italiano donde el acceso al Tribunal Constitucional por vía incidental permite al juez de primera instancia suspender el juicio, planteando una excepción de constitucionalidad, si y en cuanto que juzgue que la norma a aplicar para la resolución de la controversia es inconstitucional.

Una segunda forma directa de tutela de los derechos fundamentales se da en el caso de eventuales metanormas y/o de posibles prácticas jurisprudenciales que explícitamente sancionen (las primeras), o en todo caso permitan (las segundas), una accionabilidad y/o justiciabilidad directas de los derechos. Por ejemplo: en ausencia de una normativa que discipline sus modalidades de posible realización, absolver, en nombre del derecho de huelga, de la eventual acusación de interrupción de un servicio público a quien, por motivos sindicales y/o reivindicativos, se haya abstenido de trabajar; o, también, en nombre del derecho a la protección del ambiente, condenar actos y hechos que (independientemente de su explícita y circunstanciada prohibición legislativa) constituyan una (grave) amenaza a la protección del ambiente.

---

[11] Sobre la (potencial) competitividad entre valores subyacentes a derechos fundamentales distintos, cfr., *infra*, § 3.2.3.

[12] Tras las primeras e incisivas formulaciones del problema por parte de R. Dworkin [1968], [1977] y R. Alexy [1985] la literatura sobre el tema es cada vez más amplia. Entre la última, en particular, cfr. B. Celano [2002 b], J.J. Moreso [2002], L. Prieto Sanchís [2002].

Un posible ejemplo de metanorma que establece una directa accionabilidad y justiciabilidad de los derechos fundamentales nos lo ofrece el art. 8 de la Declaración universal de derechos del hombre: "Todo individuo tiene derecho a una efectiva posibilidad de recurso a tribunales nacionales competentes contra actos que violen los derechos fundamentales que le son reconocidos por la constitución o la ley"[13].

En ausencia de una metanorma que, como el art. 8 de la Declaración universal, lo sancione explícitamente, la accionabilidad o justiciabilidad de los derechos fundamentales se puede hacer realidad por medio de la consolidación de prácticas jurisprudenciales. Prácticas que, en el léxico de Guastini, testimonian el grado de "constitucionalización" de un ordenamiento[14].

Una tercera forma directa de tutela de los derechos fundamentales se puede quizás afirmar que se realiza también en todo ordenamiento en el que esté vigente el principio de obligatoriedad de la acción penal, esto es, en todo ordenamiento que considere la lesión de los derechos fundamentales que se determina con la comisión de un delito, tan grave como para ser condición suficiente para que se investigue sobre tal lesión incluso en ausencia de una denuncia por parte de quien haya sido la víctima de la misma.

Entre las formas indirectas de tutela y realización se puede incluir, quizás, la relativa a la aplicación de las leyes que, de uno o varios derechos fundamentales enunciados a nivel constitucional, especifican, al menos en parte, los términos de realización y tutela y/o circunscriben su alcance respecto a los valores de los que pueden ser expresión. Esta fórmula de tutela es indirecta, si y en cuanto la definición legislativa de los términos en los que configurar la realización y la tutela de uno o varios derechos fundamentales constituye, de hecho, un filtro respecto a la variedad de sus posibles lecturas o a la pluralidad de modos de entender los valores de los que son expresión; esto es, un filtro respecto a la pluralidad de formas posibles de justiciabilidad de los mismos.

Entre las formas indirectas de tutela y realización se incluye, sin embargo, a título pleno, la práctica jurisprudencial de reclamar derechos fundamentales (sancionados a nivel constitucional) como instrumento de interpretación (como clave de lectura privilegiada) de las leyes a aplicar, esto es, la práctica de la llamada interpretación adecuadora de la ley[15].

---

[13] La tutela judicial de los derechos fundamentales es explícitamente afirmada también por el art. 7 de la Declaración Universal de 1948, por el art. 13 de la Convención Europea de 1950, y por el art. 24 de la Constitución italiana.

[14] Cfr. R. Guastini [2002].

[15] La expresión es de R. Guastini [2002, p. 155] quien aclara: "La interpretación adecuadora es [...] la que adecua, armoniza, la ley a la constitución (previamente interpretada, se

Papel éste de los derechos fundamentales en el proceso decisorio de la aplicación judicial del Derecho que, en negativo o en positivo, en forma directa o en forma indirecta, si bien no siempre en términos coincidentes, se refleja sobre el razonamiento judicial enfatizando su carácter aproximado y derrotable a un tiempo.

3. Derechos fundamentales y razonamiento judicial

Es difícil negar, como muestran las observaciones que anteceden, el papel cada vez más invasivo y preponderante de los derechos fundamentales, sea en el aspecto procedimental, en la articulación de las formas y de los modos de la jurisdicción, sea en el aspecto sustancial, en la resolución misma de la controversia. Es tan innegable, en el ordenamiento jurídico de un Estado constitucional de Derecho, la invasividad de su papel (también) en materia de aplicación judicial del Derecho, como lo es la problematicidad de su noción (§ 3.1.). Problematicidad que encuentra confirmación tanto a nivel epistemológico respecto a la definición de los cánones de cognoscibilidad de lo que se asume que tenga (pueda y/o deba tener) valor de derechos fundamentales (§ 3.2.), como a nivel lógico respecto a la caracterización de los instrumentos lógicos idóneos para dar cuenta del carácter derrotable y aproximado de los argumentos que intervienen en el razonamiento judicial cuando éste tiene como objeto la realización y/o la tutela de los derechos fundamentales (§3.3.).

3.1. Derechos fundamentales: una noción problemática

La noción de 'derechos fundamentales' es controvertida, y no puede no serlo, porque tiene, y no puede no tener, una intrínseca connotación axiológica; porque es, y no puede no ser, dependiente y subsidiaria de la noción de valores[16].

Los derechos fundamentales, en efecto, son la afirmación de valores a realizar, tutelar o promover (como, por ejemplo, la igualdad, la equidad, la dignidad humana, la libertad individual, la paz) y/o la afirmación de medios necesarios para la realización, la tutela o la promoción de valores (como, por

---

entiende), escogiendo –frente a una doble posibilidad interpretativa– el significado (o sea, la norma) que evita toda contradicción entre ley y constitución. El efecto de tal interpretación es obviamente el de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional". La interpretación adecuadora es, en el análisis de Guastini, una de las condiciones del proceso de constitucionalización de un ordenamiento jurídico.

[16] En una perspectiva no del todo coincidente con la adoptada en el texto, de la problematicidad de la noción de derechos fundamentales y de los principales órdenes de dificultades con los que se enfrenta todo intento de delinear una teoría de los derechos fundamentales, me he ocupado en [2002, en particular pp. 22-32] y [2003].

ejemplo, el derecho a la educación escolar como medio de promoción de la dignidad humana o el derecho a la libertad religiosa como medio de tutela de la libertad individual). En ambos casos, los derechos fundamentales son entidades fundadas en valores, y precisamente porque son la afirmación de valores y/o de medios necesarios para su realización y tutela adquieren ellos mismos una intrínseca connotación axiológica[17]. Íntima conexión con los valores y, por ello, intrínseca connotación axiológica, que, es oportuno subrayarlo, es independiente tanto de las diversas concepciones sobre su eventual fundamento último, como la opción por una posible denominación distinta de los mismos (como, por ejemplo, derechos humanos, derechos naturales, derechos subjetivos o derechos constitucionales).

Ahora bien, si y en cuanto entidades de naturaleza instrínsecamente axiológica, su identificación es todo menos obvia e inmediata porque, banalmente, es todo menos obvia e inmediata la identificación de los valores de los que deben ser expresión o instrumento de realización. Dicho de otra forma, la falta de consenso sobre el (re)conocimiento de cuáles sean (puedan, deban ser) los valores a afirmar no puede dejar de reflejarse sobre el (re)conocimiento de cuáles sean (puedan, deban ser) los derechos fundamentales a tutelar.

Y también, si y en cuanto entidades de naturaleza axiológica no disímiles de los valores de los que son expresión o instrumento de realización, se plantean dos preguntas de importancia central bajo el prisma jurídico y bajo el más específicamente judicial: la primera pregunta es si la positivación (la enunciación explícita) en un ordenamiento jurídico (nacional) es *condición necesaria* para que, en ese ordenamiento, se *pueda* tener tutela judicial de un derecho fundamental; la segunda pregunta es si la positivación (la enunciación explícita) en un ordenamiento jurídico (nacional) es *condición suficiente* para que, en ese ordenamiento, se *deba* tener tutela judicial de un derecho fundamental.

Si y en cuanto entidades de naturaleza axiológica no disímiles de los valores de los que son expresión o instrumento de realización, los derechos fundamentales justifican, por tanto, dudas y preguntas que no pueden dejar de traducirse en dificultades epistemológicas sobre las formas y modos de su eventual cognoscibilidad, y en dificultades lógicas sobre las formas y modos en que se configuran el razonamiento y la argumentación jurídica, y más específicamente judicial, cuando tienen como objeto (también) los derechos fundamentales.

---

[17] Retomo aquí la caracterización de la noción de derechos fundamentales que he propuesto anteriormente en [1993, p. 204].

3.3. Dificultades epistemológicas

Bajo el prisma epistemológico, los principales órdenes de dificultades a los que da origen y con los que se encuentra la noción de derechos fundamentales son dos, estrechamente conectados entre sí.

El primer orden de dificultades afecta a la (re)definición de los criterios de identificación del Derecho (i.e. de las normas válidas cuyo conjunto integra y constituye un ordenamiento jurídico) y a la definición de los cánones de cognoscibilidad de los mismos derechos fundamentales que constituyen la dimensión sustancial (junto y más allá de la dimensión formal de conformidad con las metanormas de procedimiento y/o de competencia) de los criterios de identificación del Derecho válido, esto es, la conformidad (o al menos la no disconformidad) con los valores de los que ellos mismos son expresión.

El segundo orden de dificultades afecta a la (re)afirmación, en términos quizás más radicales de lo que lo han sido en su versión antiformalista, de la tesis de la no univocidad de la interpretación jurídica. No univocidad tanto de las modalidades de ejecución como de los resultados de la interpretación jurídica, tanto en el caso de que su objeto esté constituido por las disposiciones (constitucionales) que son formulación de derechos fundamentales, como en el caso de que su objeto esté constituido por la (re)lectura de las disposiciones legislativas sobre la base de los valores de los que los derechos fundamentales son expresión.

Los dos órdenes de dificultades están estrechamente conectados, si bien no son necesariamente coincidentes: las dificultades de fijar cánones de cognoscibilidad de los derechos fundamentales (y, a partir de ahí, de las normas que integran o constituyen un ordenamiento si y en cuanto que su validez dependa, al menos, también de su no disconformidad con los valores de los que los derechos fundamentales son expresión) no pueden, en efecto, no reflejarse también sobre las dificultades relativas a la interpretación (de las disposiciones fundamentales que son formulación) de los derechos fundamentales, así como sobre las dificultades de una interpretación de las disposiciones legislativas que se reclame a los valores de los que los derechos fundamentales son expresión. Estos dos órdenes de problemas no pueden dejar de estar estrechamente conectados porque identificación e interpretación del Derecho válido son dos momentos, complementarios y simétricos, del conocimiento del Derecho.

Ahora bien, estos dos órdenes de problemas (tanto el relativo a la identificación como el relativo a la interpretación del Derecho válido en razón del papel que los derechos fundamentales tienen para el uno y para el otro de los dos momentos de conocimiento del Derecho), son consecuencia de una triple fuente de indeterminación del conjunto de los derechos fundamenta-

les, del conjunto de lo que, según los casos, se asume que tiene (puede y/o debe tener) valor de derechos fundamentales[18]. Triple fuente de indeterminación que, precisamente en razón de la íntima connotación axiológica de los derechos fundamentales (§ 3.1), parece ser ineludible independientemente del cuidado que se ponga en la redacción y articulación de un catálogo de los mismos.

La primera razón de la indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales de los que hay que garantizar tutela judicial es debida al disenso sobre cuáles son (pueden y/o deben ser) los derechos fundamentales a incluir en tal conjunto (§3.2.1); la segunda y la tercera razón de indeterminación, una vez identificados y/o formulados los derechos fundamentales del conjunto, son debidas, por el contrario, a la pluralidad de lecturas de que (la formulación de) cada derecho fundamental es susceptible (sobre todo, pero no exclusivamente) en razón de la variedad de concepciones del valor (y/o de los valores) del que él mismo es expresión (§3.2.2) y a la (potencial) competencia (sincrónica y diacrónica) entre derechos fundamentales distintos de un mismo conjunto (§3.2.3.).

Dicho de otra forma, la primera razón de la indeterminación afecta a los *criterios de identificación* de los derechos fundamentales a incluir en la redacción de su catálogo (y, por tanto, también a la respuesta a la interrogante de si su catálogo debe considerarse cerrado o abierto); la segunda y la tercera razón afectan, por el contrario, a los *criterios de interpretación* (de las formulaciones) de los derechos fundamentales incluidos en un catálogo dado tanto en razón de la pluralidad de concepciones de los valores subyacentes a los mismos, como en razón de su (potencial) competencia (sincrónica y diacrónica).

3.2.1. Indeterminación y criterios de identificación de los derechos fundamentales

La primera razón de la indeterminación de los derechos fundamentales cuya tutela judicial debe garantizarse se debe al disenso sobre cuáles son (pueden y/o deben ser) los derechos fundamentales a incluir en tal conjunto.

Este disenso, al contrario de lo que quizá se podría pensar, no es tanto relativo a la clásica pregunta por el fundamento último, sino más bien (a) a la diversidad de valores que, de acuerdo con distintas concepciones (sean és-

[18] Sobre esta triple fuente de indeterminación [*fuzziness*] del conjunto de los derechos fundamentales, cfr. también Tecla Mazzarese [1993], [2002, pp. 30-31], M. Koskenniemi [1999], B. Celano [2002]. Aunque en términos no del todo coincidentes, de esta triple fuente de indeterminación ya hay mención en N. Bobbio [1968 (1ª), 1992 (2ª), p. 38].

tas morales, religiosas, ideológicas o políticas), se juzga que son *los* valores a realizar y a defender mediante la enunciación de derechos fundamentales y mediante la reivindicación de su protección, y (b) a la diversidad de derechos fundamentales que, de acuerdo con distintas concepciones (sean éstas morales, religiosas, ideológicas o políticas) se juzga que son *los* derechos fundamentales que constituyen los medios necesarios para promover y garantizar los valores que se ha decidido realizar y defender (a la diversidad, esto es, de lo que puede ser considerado como un medio necesario para la realización de un valor dado).

El disenso sobre la identificación de los derechos fundamentales no se agota, pues, en la búsqueda de un posible fundamento último de los mismos. Es difícil no compartir, en efecto, la afirmación de Bobbio con arreglo a la cual una búsqueda semejante no es otra cosa que una ilusión. Escribe Bobbio: "Esta ilusión fue común durante siglos a los iusnaturalistas, quienes creyeron haber puesto ciertos derechos (pero no eran siempre los mismos) al resguardo de cualquier posible impugnación derivándolos directamente de la naturaleza del hombre"[19]. Y también: "Esta ilusión hoy ya no es posible; toda búsqueda del fundamento absoluto es, a su vez, carente de fundamento"[20]. De aquí la advertencia de Bobbio, según la cual: "El problema de fondo referente a los derechos del hombre es hoy no tanto el de *justificarlos*, como el de *protegerlos*. No es un problema filosófico, sino político"[21].

Ahora bien, aunque consecuente bajo el perfil pragmático y deseable bajo el perfil jurídico, político y ético, la advertencia de Bobbio corre el riesgo, sin embargo, de ser confundente. Corre el riesgo de ser confundente porque deja irresuelta la pregunta de fondo de *cuáles* son los derechos fundamentales a proteger y a volver efectivos; esto es, porque no dice cuál es (puede o debe ser) el criterio de identificación y definición del conjunto de los derechos fundamentales en relación con los cuales, sin embargo, reivindica la urgencia de que sean "garantizados". Es decir, es una advertencia que corre el riesgo de ser confundente precisamente porque, implícitamente, presupone un criterio que permite reconocer qué es lo que tiene (puede o debe tener) valor de derecho fundamental. Pero, en contraste con esa asunción implícita, la falta (el disenso sobre la identificación) de tal criterio es precisamente la

[19] N. Bobbio [1965 (1ª), 1992 (2ª), pp. 6-7].

[20] N Bobbio [1965 (1ª), 1992 (2ª), p. 7].

[21] N. Bobbio [1965 (1ª), 1992 (2ª), p. 16, cursiva del autor]. Advertencia, ésta, repetida por Bobbio pocos años después [1968 (1ª), 1992 (2ª), pp. 17-18], cuando afirma que "El problema al que nos enfrentamos [...] no es filosófico sino jurídico, y en un sentido más amplio político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento [...], sino cuál es la forma más segura de garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean violados continuamente".

principal fuente de dificultades, de carácter teórico y filosófico, que vuelve problemática la noción de derechos fundamentales bajo el perfil jurídico y, en particular, bajo el judicial. Y de esta dificultad el propio Bobbio muestra ser plenamente consciente, cuando afirma que "más allá de las dificultades jurídico-políticas, la tutela de los derechos del hombre hace frente a dificultades inherentes al contenido mismo de estos derechos"[22].

El núcleo de las dificultades que examinamos encuentra numerosas confirmaciones tanto en relación al Derecho internacional, como en relación al Derecho interno de cada uno de los Estados.

En particular, con referencia al Derecho internacional, son conocidas las críticas dirigidas al catálogo de derechos fundamentales enumerados en las cartas y/o en los pactos que se han sucedido a partir de la *Declaración Universal* de 1948[23]; críticas que, aunque formuladas y argumentadas de formas diversas, denuncian, todas ellas, la connotación ideológico-cultural de matriz occidental y problematizan, cuando no niegan directamente, la pretendida universalidad (de parte) de los derechos fundamentales que han encontrado una afirmación explícita en estos documentos.

Y además, con referencia al Derecho interno de un Estado, la duda es si los derechos fundamentales de los que garantizar la tutela judicial son todos y sólo aquellos que han tenido ya un reconocimiento explícito, una enunciación explícita, en el ordenamiento jurídico estatal. En otras palabras, la duda puede ser reformulada apelando a los dos interrogantes ya identificados cuando se ha subrayado el intrínseco valor axiológico de los derechos fundamentales (§ 3.1.), es decir: (a) la pregunta sobre si la positivización (la enunciación explícita) en un ordenamiento jurídico (nacional) es *condición necesaria* para que, en ese ordenamiento, se *pueda* tener tutela judicial de un derecho fundamental; y (b) la pregunta sobre si la positivización (la enunciación explícita) en un ordenamiento jurídico (nacional) es *condición*

---

[22] N. Bobbio [1968 (1ª), 1992 (2ª), p.38]. Una confirmación ulterior de la plena consciencia de la dificultad que examinamos es la respuesta sugerida por Bobbio para superarla (p.18): "cuando digo que el problema cada vez más urgente frente al que nos encontramos no es el problema del fundamento sino el de las garantías, quiero decir que consideramos el problema del fundamento no como inexistente, sino, en cierto sentido, como resuelto [...]. Se puede decir, en efecto, que hoy el problema del fundamento de los derechos del hombre ha tenido su solución en la Declaración Universal de los derechos del hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948". Si esta respuesta resuelve o más bien replantea la dificultad que examinamos es dudoso. Así lo muestran, por ejemplo, las observaciones de L. Baccelli [1999, pp. 96-100] y [2002, pp. 135-136].

[23] Sobre el complejo entrecruzamiento de disensos políticos y tensiones ideológicas en la base de la redacción de la Declaración Universal de 1948, cfr., por todos, A. Cassese [1994, pp. 21-49].

suficiente para que, en ese ordenamiento, se *deba* tener tutela judicial de un derecho fundamental.

Una respuesta afirmativa a estas dos preguntas permitiría ciertamente evitar embarazosos y discutibles compromisos de matriz iusnaturalista. Pero, aunque fuese deseable, una respuesta afirmativa a estas dos preguntas se enfrenta con la opinión ampliamente compartida, de acuerdo con la cual, por decirlo con Bulygin: "los derechos humanos no pueden reducirse a la regulación normativa de un orden jurídico positivo, pues ellos ofrecen justamente el marco dentro del cual es posible la críticas de las leyes o instituciones del Derecho positivo"[24].

Esta opinión, expresada por un iuspositivista sincero como Bulygin, independientemente de cualquier propensión iusnaturalista, parece encontrar confirmación en algunas formulaciones tanto del Derecho público internacional como de algunos textos constitucionales nacionales. Así, por ejemplo, la novena enmienda de la Constitución de los Estados Unidos afirma que: "The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people", y según el art. 2 de la Constitución italiana: "La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo como en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social"[25].

3.2.2. Indeterminación y criterios de interpretación: la formulación de los derechos fundamentales

El conjunto de derechos fundamentales de los que asegurar la tutela judicial no se encuentra indeterminado sólo en razón de las diversas orientaciones posibles de los jueces respecto a los (presuntos) derechos fundamentales que no han encontrado positivización explícita en el Derecho interno. Tal conjunto continuaría siendo indeterminado aun en el caso de que se decidiese circunscribirlo a los derechos fundamentales explícitamente establecidos en un ordenamiento dado.

Una primera razón de esta afirmación es, banalmente, que la formulación lingüística de las disposiciones jurídicas que expresan derechos fundamentales es vaga, y no sólo general. Por citar un caso ya propuesto por Dworkin, piénsese, por ejemplo, en la llamada *Equal Protection Clause*

---

[24] E. Bulygin [1987 (1ª), 1991 (2ª), p. 619].

[25] Con referencia a la Constitución italiana y a su artículo 2, el problema que examinamos es afrontado, por ejemplo, por A. Barbera [1975, pp. 80-101] y A. Pace [2001]. Más en general, cfr., además, T. Mazzarese [1993], [2002, p. 23], R. Guastini [1998, pp. 343-344], G. Rolla [2001, pp. 21-26].

formulada en la décimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. "Nor shall any State [...] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of law". Como subraya el propio Dworkin: "The Clause makes the concept of equality a test of legislation, but it does not stipulate any particular conception of that concept"[26].

Una razón ulterior de la afirmación que examinamos viene dada por el hecho de que un rasgo distintivo de la formulación lingüística de las disposiciones jurídicas que expresan derechos fundamentales es el uso de términos valorativos. Un ejemplo paradigmático es identificado por Twining y Miers[27] en la formulación del artículo 3 de la *Convención Europea sobre Derechos Humanos* de 1950: "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment and punishment". La naturaleza emotiva (o, dicho de otra forma, valorativa y vaga) de los términos "tortura", "inhumano" y "degradante" que aparecen en la formulación de este artículo es puesta incisivamente en evidencia por Twining y Miers por medio de una serie de preguntas que permiten ver con claridad la pluralidad de lecturas y/o dudas interpretativas de las que cada uno de estos términos puede ser susceptible.

Las consecuencias de la indeterminación característica de las formulaciones lingüísticas de las disposiciones que expresan derechos fundamentales son, en sede interpretativa, tan obvias como manifiestas. Indeterminación que no puede dejar de reflejarse y encontrar expresión en una discrecionalidad claramente más acentuada que la que acompaña a la interpretación de cualquier formulación lingüística de una ley. Incluso dejando de lado la duda de si la diferencia es sólo cuantitativa y no más bien cualitativa, es difícil no compartir, extendiéndola a la mayor parte de los derechos fundamentales, la consideración que hace Cappelletti en relación con los derechos de *welfare* (esto es, con los derechos sociales, económicos y culturales): "The creative character of judicial interpretation and enforcement of [...] welfare laws and rights can hardly be hidden. To be sure, the difference *vis-à-vis* the more traditional role of the judges is one of degree, not of essence. Interpretation is always creative, and at least a minimum of discretion is unavoidable in any kind of judicial interpretation. Yet, as a rule, creativity is both more apparent and more accentuated in these newer areas which have opened up to the judicial function. For the more vague a statute and the less defined a right, the more space is obviously left for the discretion in judicial decision-making"[28].

---

[26] R. Dworkin [1977, p. 226].

[27] W. Twining y D. Miers [1976 (1ª), 1982 (2ª), pp. 61-62].

[28] M. Cappelletti [1989, p. 16].

Esta segunda fuente de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales pone de relieve una dificultad obvia para su tutela judicial. Sorprendentemente, sin embargo, esta fuente de indeterminación no siempre es (ha sido) considerada un rasgo problemático para la justiciabilidad de los derechos fundamentales. En particular no es (ha sido) considerada un rasgo problemático, por ejemplo, en la literatura angloamericana sobre la interpretación constitucional. Literatura, ésta, en la cual no resulta en absoluto aislada o minoritaria la posición de quien identifica en el carácter vago y valorativo de la formulación lingüística de las disposiciones jurídicas que expresan derechos fundamentales no un defecto, sino un mérito; esto es, la posición de quien, precisamente en el carácter vago y valorativo de sus formulaciones identifica aquello que permite a los jueces hacer efectivos los derechos fundamentales en la evolución progresiva de los mismos que acompaña a la emergencia de nuevas necesidades de toda sociedad en vía de desarrollo. Es significativa la confirmación de esta posición que ofrece Hufstedler cuando escribe: "I intend no irony in describing the words from the Bill of Rights as 'glorious ambiguities'. The very elusiveness of their content has made it possible to shape and reshape constitutional doctrine to meet the needs of an evolving, pluralistic, free society. Precision has an honored place in writing a city ordinance, but it is a death warrant for a living constitution"[29].

Y también en la literatura neoconstitucionalista, aun cuando en términos no coincidentes y con argumentos no siempre equivalentes, la vaguedad y el carácter valorativo de las formulaciones lingüísticas de los derechos fundamentales positivizados son con frecuencia considerados como un rasgo no negativo, sino (potencialmente) positivo. Es así, en particular, en los análisis de quien a un Derecho cierto contrapone un Derecho dúctil[30], de quien a la certeza del Derecho contrapone como valor distinto y preeminente el valor de la equidad, de la justicia del caso particular.

3.2.3. Indeterminación y criterios de interpretación: la (potencial) competitividad entre derechos fundamentales

Y además, una fuente ulterior de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales de los que garantizar la tutela judicial es la (potencial)

[29] M. Hufstedler [1979, pp. 4-5]. La afirmación recogida en el texto es optimista y al mismo tiempo unilateral: es difícil ignorar, en efecto, que la indeterminación de la formulación lingüística de los derechos fundamentales puede ser (y de hecho ha sido) un instrumento que permite a los jueces perseguir fines diversos y en conflicto entre sí; esto es, que es un medio que los jueces pueden usar tanto para tener en cuenta la emergencia de nuevas necesidades en "an evolving, pluralistic, free society", como para ignorarlas y negarlas.

[30] Así, en particular, G. Zagrebelsky [1992].

competitividad de los derechos fundamentales, tanto en el caso de que su catálogo se encuentre circunscrito al conjunto de los derechos explícitamente reconocidos en el Derecho interno, como en el caso en que se convenga que también pueden tomarse en cuenta derechos proclamados en ámbito supranacional[31] y/o derechos no explícitamente enunciados en disposiciones de Derecho positivo[32].

Son dos los principales tipos de conflicto que pueden darse entre derechos fundamentales, independientemente del hecho de que los mismos estén o no expresamente enunciados en un determinado ordenamiento jurídico[33]: (a) conflictos que derivan de concepciones distintas y divergentes del valor del que un mismo derecho fundamental es expresión o instrumento de realización, y (b) conflictos que derivan de la imposibilidad de tutelar y/o de realizar un derecho fundamental sin violar otro, o, al menos, sin circunscribir el posible alcance de este último.

En particular, como se ha subrayado ya (§ 3.1.), todo derecho fundamental puede ser considerado como una entidad de naturaleza axiológica. Dicho de otra forma, todo derecho fundamental expresa y/o es instrumento de la

---

[31] Son dos los ejemplos que G. Rolla [2001, p. 23] señala de "cláusulas que abren el ordenamiento nacional a las codificaciones internacionales en materia de derechos fundamentales de la persona": el art. 10 de la Constitución española ("Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"), y el art. 16 de la Constitución portuguesa ("Las disposiciones constitucionales y legales relativas a los derechos fundamentales deben ser interpretadas e integradas en armonía con la Declaración universal de derechos humanos").

[32] Dos ejemplos posibles, ya recordados en el texto (§3.2.1.): la novena enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y el art. 2 de la Constitución italiana. También, siguiendo a G. Rolla [2001, pp. 24-25], que los caracteriza como "cláusulas generales de apertura que se remiten al valor fundamental de la persona y a su libre desarrollo", pueden identificarse ulteriores ejemplos en el art. 2 de la Ley Fundamental alemana y en el art. 5 de la Constitución griega.

[33] Independientemente de cualquier diferencia a la hora de caracterizarlos y/o de distinguir entre ellos diversos tipos, los conflictos entre derechos fundamentales han sido indicados con frecuencia como una de las principales dificultades que obstaculizan una realización completa y una tutela plena de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, N. Bobbio [1965], [1968], T. Mazzarese [1993], G. Corso [1996], R. Guastini [1998, pp. 228-231], M. Koskenniemi [1999, pp. 107-111], L. Prieto Sanchís [2002]. En particular, según N. Bobbio [1965], el conflicto entre derechos fundamentales identifica una de las razones que impiden indicar un fundamento último de los mismos. En contraste con esta opinión recurrente, L. Ferrajoli [2000, pp. 51-52 y 77-79] critica radicalmente la posibilidad de conflictos entre derechos fundamentales. Según Ferrajoli, en efecto: "No tiene sentido hablar de 'conflictos' o peor aún de tendenciales o virtuales incompatibilidades entre libertad negativa de un lado y derechos de autonomía civil y política del otro. Se debe hablar más bien, una vez esclarecida la diversa estructura y naturaleza de los derechos primarios y secundarios, de una oposición menos problemática pero más seria e importante: de los límites impuestos a la genérica libertad negativa por el ejercicio directo o indirecto de los derechos de autonomía, dentro de los límites impuestos a estos por los derechos de libertad" (p. 51).

realización de valores. Así, sólo para dar algún ejemplo, éste es el caso de la igualdad, de la libertad individual, del respeto a la dignidad humana. Valores, éstos, cada uno de los cuales, como es bien sabido, ha sido entendido en una diversidad de formas distintas; valores, éstos, que de forma paradigmática ejemplifican, todos ellos, lo que Gallie ha propuesto llamar "contested concepts"[34]. Se sigue de ello, como es obvio, que todo derecho fundamental puede ser leído de tantas formas cuantas son las diferentes concepciones de los valores de los que él mismo es expresión y/o instrumento de realización. Y, como es obvio, lecturas distintas de un mismo derecho son, en medida más o menos clara según los casos, conflictivas entre sí.

Y además, si y en cuanto son entidades de naturaleza axiológica no diferentes de los valores de los que son expresión o instrumento de realización, etiquetar como fundamental (o, análogamente, como humano o natural) un determinado derecho entraña, de ordinario, la asunción de que el mismo vale universalmente, sin ninguna restricción. Es decir, que la protección y la realización de un derecho fundamental debería encontrarse garantizada siempre y a todos. Esta lectura intuitiva de la noción que estamos examinando vale, sin embargo, sólo para algunos derechos fundamentales clásicos y, como subraya Bobbio: "En la mayor parte de las situaciones en las que está en cuestión un derecho del hombre, sucede [...] que dos derechos igualmente fundamentales se enfrentan entre sí y no se puede proteger incondicionalmente a uno de ellos sin volver inoperante al otro"[35].

Así, retomando el ejemplo propuesto por el mismo Bobbio, el derecho de libertad de expresión puede enfrentarse con el derecho a no ser ofendido en relación con las propias creencias religiosas y/o morales, con el derecho a no ser difamado, con el derecho a no ser estafado. Además, un ejemplo de más dramática actualidad en los últimos años viene ofrecido por el (presunto) conflicto entre seguridad y paz. Conflicto (presunto) que se ha venido configurando ya como conflicto entre seguridad y libertad y/o como conflicto entre *la* libertad (rasgo que se reivindica como irrenunciablemente distintivo de los regímenes democráticos de los países occidentales) y *las* libertades, es decir, las diversas libertades en las que la libertad de las democracias occidentales se ha manifestado tradicionalmente, y de las que hoy se solicitan derogaciones cada vez más numerosas e inquietantes[36].

---

[34] W.B. Gallie [1956].

[35] N. Bobbio [1968 (1ª), 1992 (2ª), p. 39].

[36] Sobre el presunto conflicto entre seguridad y paz, entre seguridad y las libertades tradicionalmente reconocidas en las democracias occidentales, cfr., *supra*, nota 3. También, sobre

De ordinario los conflictos entre derechos fundamentales derivan de la protección de intereses sociales distintos y/o de valores en conflicto que derechos fundamentales diferentes tienden a realizar. En síntesis, citando una vez más a Bobbio: "A través de la proclamación de los derechos del hombre hemos hecho emerger los valores fundamentales de la civilización humana hasta el momento presente. Cierto, pero los valores últimos son antinómicos: este es el problema"[37].

Una última anotación. Contrariamente a lo que quizás se podría pensar, el fenómeno de los conflictos entre derechos fundamentales, independientemente del tipo de configuración que pueda asumir, no es simplemente un caso particular del fenómeno más general del conflicto entre normas (es decir, del fenómeno de las antinomias). Aunque estén relacionados, los dos fenómenos presentan, en efecto, diferencias significativas. Mencionaré tres de ellas.

Una primera diferencia significativa entre antinomias y conflictos entre derechos fundamentales es que, a diferencia de lo que sucede en el caso del conflicto entre normas, no es necesario que los derechos fundamentales en conflicto estén explícitamente expresados por (o sean, al menos, implícitamente reconducibles a[38]) disposiciones de Derecho positivo. Dicho de otra forma, mientras que no se puede afirmar que haya un conflicto entre dos normas a menos que cada una de ellas sea jurídicamente válida (es decir, a menos que cada una de las dos normas se encuentre expresada por una disposición de Derecho positivo que no haya sido derogada), es posible, por el contrario, afirmar que hay conflicto entre dos derechos fundamentales también en el caso en que los dos derechos fundamentales no se encuentren ambos expresados por una disposición de Derecho positivo, esto es, también en el caso de que no se encuentren ambos positivizados. Si y en cuanto que se juzga que un derecho es *fundamental* (es decir, si y en cuanto que pueda ser concebido como un valor a tutelar), su positivización explícita puede no ser considerada como una condición necesaria para su tutela jurídica y/o para su justiciabilidad.

Una segunda diferencia significativa entre los dos fenómenos que ahora examinamos es, además, que no hay criterios gracias a los cuales identificar conflictos entre derechos fundamentales, esto es, que no hay criterios que permitan decidir unívocamente si, y en qué medida, dos derechos están en

---

la tensión entre seguridad y libertad, entre seguridad y tutela de los derechos fundamentales, cfr, B.C. Ramcharan [2002].

[37] N. Bobbio [1968 (1ª), 1992 (2ª), p.42].

[38] Y este es el caso en el que al menos uno de los dos términos de la antinomia viene dado por una norma implícita, es decir, por una norma extraída por vía interpretativa de varias disposiciones. La sugerencia de esta precisión es de Susana Pozzolo.

conflicto. La competencia y/o la conflictividad depende, en efecto, sobre todo, aunque quizás no exclusivamente, de la lectura de los valores de los que los derechos fundamentales son expresión y/o instrumentos de actuación. Significativo, y dramático, es el caso antes mencionado de la contraposición entre seguridad y libertad, si no directamente entre la libertad y las diversas libertades en que ha encontrado expresión la libertad en las democracias occidentales. Contraposición, ésta, eventual y todo menos obvia: los argumentos de quien reclama una derogación cada vez más amplia y generalizada de las libertades y de los derechos fundamentales en nombre de la seguridad se enfrentan, en efecto, con los argumentos, ciertamente menos drásticos y perentorios, de quien, por el contrario, reivindica una tutela plena y acabada de las libertades y de los derechos fundamentales como condición necesaria e imprescindible de la seguridad.

Una tercera diferencia significativa entre los dos fenómenos que examinamos es, en fin, que, a diferencia de lo que sucede en el caso de normas antinómicas, no está previsto ningún criterio jurídico que permita resolver un conflicto entre derechos fundamentales. Y esto, con independencia del hecho ya subrayado de que los derechos fundamentales estén o no explícitamente positivizados. Los criterios usuales para la resolución de antinomias aparecen, en efecto, como inadecuados en el caso de conflictos entre derechos fundamentales. Esta afirmación vale ante todo para el principio de *lex superior* y para el principio de *lex specialis*: ninguno de estos dos criterios proporciona un instrumento idóneo para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales, porque los derechos fundamentales, en cuanto tales, tienen la misma relevancia; esto es, comparten el mismo nivel jerárquico y tienen el mismo ámbito de validez universal. Y tampoco el principio de *lex posterior* parece ofrecer un instrumento adecuado para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales: la emergencia de nuevos derechos fundamentales no entraña, como es obvio, que los precedentemente reconocidos y tutelados se transformen en, por así decirlo, “menos fundamentales”.

Las características peculiares de los conflictos entre derechos fundamentales, y las diferencias entre este fenómeno y el aparentemente análogo de los conflictos entre normas, muestran claramente que, de hecho, depende de las diversas posibles preferencias de los jueces el decidir, sobre la base de una discrecionalidad cuantitativamente mayor si no incluso cualitativamente distinta respecto a aquella de la que gozan en caso de conflicto entre normas, cuáles sean, en caso de derechos fundamentales en conflicto, aquellos los que garantizar por medio de tutela judicial.

3.3. Dificultades lógicas

La triple fuente de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales a realizar y/o a tutelar en un ordenamiento jurídico actúa, como es obvio, sobre las formas y sobre los modos en que se configura el razonamiento judicial en las diversas fases en que se articula el proceso decisorio de una controversia.

Actúa, en primer lugar, confirmando y volviendo aún más manifiesta la naturaleza constitutiva y no declarativa tanto de las premisas, jurídica y fáctica, sobre las que se funda la decisión del caso, como de su conclusión, la parte dispositiva (§3.3.1.).

Y actúa, además, en segundo lugar, confirmando y volviendo aún más manifiesto el carácter tanto derrotable (y/o no monotónico), como aproximativo del razonamiento judicial (§3.3.2.).

3.3.1. Naturaleza constitutiva de las decisiones judiciales

Según una tesis ya presente en las primeras formulaciones de la *Reine Rechtslehre* kelseniana, las decisiones judiciales tienen naturaleza constitutiva y no declarativa[39]. Y precisamente, de una decisión judicial (sea cual sea el tipo de acción que pueda ser objeto de la misma[40]), tiene naturaleza no declarativa sino constitutiva tanto la conclusión (la parte dispositiva), porque es el resultado de una deliberación (por parte de un órgano competente) y no de una mera deducción lógica[41], como las premisas, tanto la jurídica como la fáctica, porque una y otra son el resultado, no de un proceso meramente cognoscitivo de los hechos objeto de la controversia y/o (re)cognoscitivo de las normas a aplicar para su resolución, sino, por el contrario, de un complejo proceso decisorio y valorativo[42].

---

[39] De esta tesis me he ocupado anteriormentre, en particular en [1992], [1996ª, pp. 57-103], [1999].

[40] La tesis teorética de la naturaleza constitutiva, en una decisión judicial, tanto de su conclusión como de sus premisas, no debe confundirse con la clasificación dogmática según la cual las decisiones judiciales pueden distinguirse, según el tipo de acción que es objeto de las mismas, en declarativas, constitutivas y de condena. Aun no careciendo de relaciones entre sí, la tesis de carácter teorético y la clasificación de carácter dogmático son, sin embargo, cosas distintas y no deben confundirse. Para un análisis más puntual tanto de las diferencias como de las posibles relaciones entre una y otra, cfr. T. Mazzarese [1999].

[41] Que decidir sea cosa distinta de deducir es una observación tan obvia y banal como con frecuencia tenida en poca consideración en los análisis que identifican en el aparato categorial de la lógica clásica una condición irrenunciable para fundamentar y garantizar la "racionalidad" de las decisiones judiciales.

[42] En extrema síntesis, son tres los principales argumentos (dos de los cuales fueron ya formulados por Kelsen) sobre los que se fundamenta la afirmación de la naturaleza constitutiva de la premisa fáctica de una decisión judicial: (a) el primer argumento es que el establecimiento

Ahora bien, la tesis de la naturaleza constitutiva tanto de las premisas, jurídica y fáctica, como de la conclusión de una decisión judicial, recibe una doble confirmación tanto en razón de esos derechos a los que se ha hecho referencia como derechos fundamentales *sobre* la aplicación judicial del Derecho (§ 2.1.), como en razón de aquellos derechos a los que se ha hecho referencia como derechos fundamentales *en* la aplicación judicial del Derecho (§ 2.2.).

Los unos, los derechos fundamentales sobre la aplicación judicial del Derecho, confirman y testimonian, en efecto, la variedad y la pluralidad de vínculos jurídicos (ligados a aquello que, de acuerdo con distintos ordenamientos, se entiende por garantía de los derechos de las partes en un proceso) y no epistemológicos (dictados por eventuales cánones objetivos de conocimiento) que van al compás y caracterizan tanto la llamada fase cognoscitiva de los hechos objeto de la controversia, como la llamada fase recognoscitiva del Derecho a aplicar para su resolución.

Los otros, los derechos fundamentales en la aplicación judicial del Derecho, confirman y testimonian la matriz hermenéutica, valorativa y subjetiva, del razonamiento judicial, que hace inadecuado, por cuanto confundente, el recurso a los cánones de la lógica deductiva clásica (como, por ejemplo, respecto a la relación entre conclusión y premisas de una decisión), así como a los cánones de la lógica inductiva clásica y/o de la teoría de la probabilidad (como, por ejemplo, respecto a las diversas fases del establecimiento de los

---

de los hechos objeto de la controversia debe ser llevado a cabo por un órgano competente; (b) el segundo argumento es que tal establecimiento debe ser llevado a cabo en conformidad con cuanto viene establecido por el ordenamiento jurídico (es decir, en conformidad con cuanto viene establecido por el Derecho sobre prueba); (c) el tercer argumento es que el establecimiento de los hechos objeto de una controversia está condicionado por la calificación jurídica que los hechos tienen según el Derecho, en otros términos, por el supuesto de hecho de la norma general a la que se juzga (o, mejor, se decide) que se pueden reconducir los hechos de la controversia. Son tres también los principales argumentos sobre los que se fundamenta la afirmación de la naturaleza constitutiva de la premisa jurídica de una decisión judicial (argumentos, también en este caso, ya presentes, si bien no siempre explícitamente formulados o examinados con detenimiento, en la obra de Kelsen) : (a) el primer argumento es que la selección de la disposición normativa a la que recurrir para la enunciación de la premisa jurídica es el resultado de una actividad decisoria, y no de una actividad meramente cognoscitiva o recognoscitiva del juez; (b) el segundo argumento es que la selección del significado (entre los diversos significados posibles) a adscribir a la disposición normativa que el juez decide adoptar para la enunciación de la premisa jurídica, es, de manera no diferente de la selección misma de la disposición, el resultado de una actividad decisoria; (c) el tercer argumento es que la aplicación de una norma para la resolución de un determinado caso está condicionada por un juicio de validez sobre la norma seleccionada, juicio que (de manera análoga a la selección de la disposición a adoptar y de la selección de la norma expresada por la disposición adoptada) es el resultado de una actividad decisoria.

hechos del caso) como instrumentos explicativos del proceso decisional de una controversia.

3.3.2. Carácter tanto derrotable (y/o no monotónico) como aproximado del razonamiento judicial

El papel de los derechos fundamentales en la aplicación judicial del Dercho, esto es, el papel que los mismos tienen (pueden y/o deben tener) en la identificación de las dos premisas y en la selección de la decisión (no deducción) de la solución de una controversia, no sólo concurre a confirmar la naturaleza constitutiva y no declarativa de las decisiones judiciales, sino que permite denunciar aquellos rasgos que, en contraste con la asunción (neo)ilustrada del juez boca de la ley, no pueden no ser dos rasgos distintivos del razonamiento judicial: su carácter tanto derrotable (y/o no monotónico) como aproximado[43].

La derrotabilidad (y/o no monotonicidad) del razonamiento judicial es una obvia consecuencia inmediata de la competitividad (potencial, cuando no real) entre derechos fundamentales distintos y/o entre valores de los que los mismos son expresión. La realización y/o tutela de un derecho fundamental puede enfrentarse, en efecto, con la realización y/o la tutela de un derecho fundamental diferente. Y, además, puede haber competitividad en la realización y/o tutela de un mismo derecho fundamental según la lectura que se asuma y/o se proponga del valor del que el derecho fundamental es expresión (entre los ejemplos quizás más obvios los de la vida, el trabajo, la familia).

Este dato de la competitividad en la realización o en la tutela de derechos fundamentales distintos, si no de un mismo derecho fundamental en razón de lecturas distintas del valor (de los valores) del que el derecho es expresión, incita a la adopción (si no a la experimentación de nuevas formas) de cálculos lógicos derrotables y/o no monotónicos; es decir, de cálculos capaces de dar cuenta de formas de razonamiento y/o de argumentación que, como las formas de razonamiento y/o de argumentación judicial, tengan como objeto datos (potencialmente) en conflicto apoyados por razones más o menos fuertes que, según los casos, pueden prevalecer o ceder respecto a otros datos. Cálculos, en otros términos, en los cuales (a diferencia de los cálculos de la lógica clásica que es monotónica y no derrotable) la introducción de nuevas premisas y/o el cambio de las premisas iniciales entraña un cambio también en las conclusiones, en las consecuencias que son derivables en el cálculo.

---

[43] Del carácter aproximado del razonamiento judicial me he ocupado anteriormente, en particular en [1996 a, pp. 159-204], [1996 b], [1996-1997].

El carácter aproximado del razonamiento judicial es, por el contrario, una obvia consecuencia de cada una de las tres principales fuentes de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales de las que se ha hecho mención. Es decir, el carácter aproximado del razonamiento judicial es una consecuencia obvia tanto de la indeterminación que se deriva de los criterios de identificación de los derechos fundamentales a incluir en la redacción del catálogo de los mismos (y, por tanto, también de las dudas relativas a la pregunta de si tal catálogo debe considerarse cerrado o abierto), como de la indeterminación que se deriva de los criterios de interpretación (de las formulaciones) de los derechos fundamentales incluidos en el catálogo de un ordenamiento determinado tanto en razón de la pluralidad de concepciones de los valores a ellos subyacentes, como en razón de su (potencial) competitividad (sincrónica y diacrónica).

Este dato de la triple fuente de indeterminación del conjunto de los derechos fundamentales de los que garantizar tutela judicial, que estimula la adopción (si no la experimentación de nuevas formas) de cálculos de lógica *fuzzy* o lógica del razonamiento aproximado; es decir, de cálculos capaces de dar cuenta de formas de razonamiento y/o de argumentación que, como las formas de razonamiento y/o de argumentación judicial, no pueden ser sino aproximadas porque tienen como objeto datos que no pueden sino ser indeterminados[44].

La lógica *fuzzy* o lógica del razonamiento aproximado tiene rasgos con seguridad muy poco tranquilizadores (todavía menos tranquilizadores que los de la lógica derrotable y/o no monotónica) para cualquier jurista ligado a una concepción tradicional del dogma de la certeza del Derecho, y tiene incluso característica sospechosas para cualquier lógico hostil a cálculos que, como los de la lógica *fuzzy*, son no una extensión de la lógica clásica, sino expresión de una de las ya numerosas lógicas divergentes[45]. Según la

[44] Aunque sus primeros cálculos se remontan sólo a la segunda mitad del siglo pasado, la literatura sobre la lógica *fuzzy* es ya muy amplia. Para algunas indicaciones bibliográficas, cfr. T. Mazzarese [1966, p.164, n. 10]; para una lectura introductiva que ofrezca una panorámica de algunas de sus implicaciones teorético-conceptuales y/o de los distintos campos de sus posibles aplicaciones y/o de la variedad de sus configuraciones, cfr., por ejemplo, D. McNeill, P. Freiberger [1993], B. Kosko [1994] y S. Haak [1996, pp. 229-242], A. Sangalli [1998].

[45] Una caracterización particularmente feliz de la noción de lógicas divergentes, caracterización que capta la razón de fondo de la incomodidad que estas lógicas generan usualmente, es ofrecida por W. V.O. Quine [1970, pp. 80-81]: "El tipo de divergencia [...] a tomar en consideración [...] no es simplemente un cambio de los métodos que generan la clase de las verdades lógicas, sino un cambio de la propia clase. No es sólo un cambio de la línea de demarcación entre a qué llamar verdad lógica y a qué llamar verdad extralógica. *Se trata*, más bien, *de un neto rechazo de parte de nuestra lógica como para nada verdadera en absoluto"* [cursiva mía]. Un análisis amplio y detallado de los diversos problemas filosóficos relativos a los aspectos

caracterización propuesta por el mismo Zadeh, que ha sido su fundador, de la lógica *fuzzy* se puede decir "que es una lógica del razonamiento aproximado. En cuanto tal, es una lógica cuyos rasgos distintivos son: (i) valores de verdad *fuzzy* expresados en términos lingüísticos, como: *verdadero, del todo verdadero, más o menos verdadero, bastante verdadero, no verdadero, falso, no del todo verdadero y no del todo falso*, etc.; (ii) tablas de verdad imprecisas; y (iii) reglas de inferencia cuya validez es más aproximada que exacta"[46].

Esta caracterización de Zadeh es quizás inquietante para quien, tanto en el ámbito jurídico como en el ámbito lógico-filosófico, ve en los cánones y en los principios de la lógica clásica los únicos parámetros de racionalidad y de corrección de cualquier forma de razonamiento (también del razonamiento judicial). La caracterización es quizás inquietante, pero es ciertamente idónea para proporcionar un modelo explicativo del razonamiento judicial que permite dar cuenta de sus muchas aproximaciones, de sus continuos ajustes, de la pluralidad de variables que intervienen para condicionarlo y para informarlo en su ensamblaje y articulación.

(Traducción de Juan Ruiz Manero)

Referencias bibliográficas

Baccelli, Luca [1999], *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*. Roma, Carocci.

– [2002], *Diritti fondamentali: i rischi dell'universalismo*. En: T. Mazzarese (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, 2002, pp. 117-145.

Barbera, Augusto [1975], *Art. 2*. En: Commentario della Costituzione a cura di G. Branca *Principi fondamentali*. Zanichelli, Bologna; Foro Italiano, Roma, pp. 50-122.

Bobbio, Norberto [1965], *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*. En: «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 42 (1965), pp. 302-309. Reimpreso en: N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 5-16.

– [1968], *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*. En: «*La comunità internazionale*», 23 (1968), pp. 3-18. Reimpreso en: N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 17-44.

---

ontológicos, metafísicos, y epistemológicos de las lógicas divergentes es ofrecido por S. Haack [1974] y [1996], una reedición, esta última, del libro de 1974 enriquecida con un capítulo sobre la lógica *fuzzy*. Es común a ambas ediciones la actitud de desconfianza, si no directamente de hostilidad, frente a las lógicas divergentes; en la introducción a la edición de 1966, Haak, en efecto, afirma: "it is possible that classical logic should turn out to be in need of revision; but none of deviant systems considered is so well-motivated philosophically as seriously to threaten its position" (p. ix).

[46] L. A. Zadeh [1975, p. 407, cursiva del autor].

Bulygin, Eugenio [1987], *Sobre el status ontológico de los derechos humanos*. En: «Doxa» 4 (1987), pp. 79-84. Reimpreso en C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Analisis logico y derecho*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991, pp. 619-625.

Cappelletti, Mauro [1989], *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press.

Cassese, Antonio [1994], *I diritti umani nel mondo contemporaneo*. Roma-Bari, Laterza.

Celano, Bruno [2002 a], *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*. En: S. Pozzolo (ed.), *La legge e i diritti*. Torino, Giappichelli, pp. 89-123.

– [2002 b], *'Defeasibility' e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili*. En: «Ragion Pratica», 10 (2002), n. 18, pp. 223-239.

Corso, Guido [1996], *Diritti umani*. En: «Ragion Pratica», 4, (1996), n.7, pp. 59-67.

Dworkin, Ronald [1977], *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.

– [2002 a], *The Threat to Patriotism*. En: «The New York Review of Books», 28 febrero 2002.

– [2002 b], *The Troubles with the Tribunals*. En: «The New York Review of Books», 25 abril 2002.

Ferrajoli, Luigi [1999], *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*. En: «Teoria Politica», 15 (1999), n. 1, pp. 49-92.

– [2000], *I fondamenti dei diritti fondamentali*. En: «Teoria Politica», 16 (2000), n. 3, pp. 41-113.

– [2001], *Per una sfera pubblica del mondo*. En: «Teoria politica», 17 (2001), n. 3, pp. 3-21.

– [2002 a], *Quali sono i diritti fondamentali?*. En: T. Mazzarese (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, 2002, pp. 95-116.

– [2002 b], *Lo stato di diritto fra passato e futuro*. En: P. Costa, D. Zolo (eds.), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*. Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 349-386.

Gallie, Walter Bryce [1956], *Essentially Contested Concepts*,. En: «Proceedings of the Aristotelian Society», 56 (1955-1956), pp. 167-198.

Guastini, Riccardo [1998], *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano, Giuffrè.

– [2002], *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento*. En: T. Mazzarese (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, 2002, pp. 147-172.

Haack, Susan [1974], *Deviant Logic. Some Philosophical Issues*. Cambridge, Cambridge University Press.

– [1996], *Deviant Logic, Fuzzy Logic. Beyond the Formalism*. Chicago-London, The University of Chicago Press.

Habermas, Jürgen [1996], *Die Einbeziehung des Anderen*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996.

– [1998], *Die postnationale Konstellation*. Frankfurt am Main, Suhrkamp.

Häberle, Peter [2000], *The Constitutional State and its Reform Requirements*. In: «Ratio Juris», 13 (2000), n. 1, pp. 77-94.

Hufstedler, Shirley M. [1979], *In the Name of Justice*. En: "Stanford Lawyer", 14 (1979).

Kelsen, Hans [1934], *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Wien, Deuticke.

– [1944], *Peace through Law*. Chapel Hill, University of North Carolina Press.

Koskenniemi, Martti [1999], *The Effect of Rights on Political Culture*. En: Ph. Alston (ed.), *The EU and Human Rights*. Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 99-116.

Kosko, Bart [1994], *Fuzzy Thinking*. London, Harper Collins Publishers.

Mazzarese, Tecla [1992], *Dubbi epistemologici sulle nozioni di* 'quaestio facti' *e* 'quaestio juris'. En: «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 69 (1992), pp. 294-320.

– [1993], *Judicial Implementation of Fundamental Rights: Three Sorts of Problem*. En: M.M. Karlsson, O.P. Jónsson, E.M. Brynjarsdóttir (eds.), *Recht, Gerechtigkeit und der Staat*. Berlin, Duncker und Humblot, 1993, pp. 203-214.

– [1996], *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*. Torino, Giappichelli.

– [1996 b], *Lógica borrosa y decisiónes judiciales: El peligro de una falacia racionalista*. Trad. castigliana di José Juan Moreso. En: «Doxa», 19 (1996), pp. 201-228.

– [1996-1997], *Semantic and Pragmatic Fuzziness of Legal Language*. En: «Archivum Iuridicum Cracoviense», 29-30 (1996-1997), pp. 43-58.

– [1999], *Towards the Semantics of "Constitutive" in Judicial Reasoning*. En: «Ratio Juris», 12 (1999), pp. 252-262.

– [2002], *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*. En: T. Mazzarese (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, 2002, pp. 1-69.

– [2003], *Is the Age of Rights at a Turning Point?*. In: «Finnish Yearbook of International Law». (En prensa)

McNeill, Daniel, Freiberger, Paul [1993], *Fuzzy Logic. The Discovery of a Revolutionary Computer Technology - And How It Is Changing Our World*. New York, Simon & Scuster.

Monetti, Vito [2002], *La legislazione antiterrorismo dopo l'11 settembre: il contesto internazionale e l'Italia*. En: «Questione giustizia», (2002), n. 1, pp. 51-69.

Moreso, José Juan [2002], *Conflitti fra princìpi costituzionali*. En: «Ragion Pratica», 10 (2002), n. 18, pp. 201-221.

Pace, Alessandro [2001], *Metodi interpretativi e costituzionalismo*. En: «Quaderni costituzionali», 21 (2001), n. 1, pp. 35-61.

Prieto Sanchís, Luis [2002], *Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale*. En: «Ragion Pratica», 10 (2002), n. 18 pp. 169-200.

Quine, William Van Orman [1970], *Philosophy of Logic*. Englewood Cliffs N.J., Prentice-Hall.

Ramcharan, Bertrand G. [2001], *Human Rights and Human Security*. The Hague, Martinus Nijhoff.

Rolla, Giancarlo [2001], *I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici*. En: G. Rolla (ed.), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, pp. 3-26.

Ross, Alf [1958], *On Law and Justice*. London, Stevens.

– [1968], *Directives and Norms*. London, Routledge and Kegan Paul, 1978.

Sangalli, Arturo [1998], *The importance of Being Fuzzy and Other Insights from the Border between Math and Computers*. Princeton, Princeton University Press.

Taruffo, Michele [2002], *Diritti fondamentali, tutela giurisdizionale e alternative*. En: T. Mazzarese (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, 2002, pp. 173-188.

Twining, William / Miers, David [[1]1976, [2]1982], *How to Do Things with Rules*, London, Weidenfeld and Nicolson.

Ubertis, Giulio [2002], *Diritti fondamentali e processo penale*. En: T. Mazzarese (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino, Giappichelli, 2002, pp. 173-188.

Zadeh, Lofti A. [1975], *Fuzzy Logic and Approximate Reasoning*. En: «Synthese», 30 (1975), pp. 407-428.

Zagrebelsky, Gustavo [1992], *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*. Torino, Einaudi.

Zolo, Danilo [2002 b], *Teoria e critica dello Stato di diritto*. En: P. Costa, D. Zolo (eds.), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*. Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 17-88.