

III. El neoconstitucionalismo

Durante los últimos treinta-cuarenta años, en muchos países de la Europa continental y sucesivamente en varios países del mundo, se han realizado dos importantes cambios en el dominio jurídico: un cambio estructural, la “constitucionalización” del derecho, y un cambio doctrinal, la afirmación del “neoconstitucionalismo”. Se trata de cambios relacionados entre sí, ya que uno favorece y sustenta al otro, en un proceso de acción y retroacción. En este ensayo no me detendré sobre el primero¹ y brindaré en cambio una presentación del segundo (párr. 1), ofreciendo después una apreciación crítica de una única forma de neoconstitucionalismo, aquella teórica (párr. 2).

1. NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO, IDEOLÓGICO Y METODOLÓGICO

El neoconstitucionalismo² contemporáneo es una doctrina que según sus partidarios, surge justamente en conexión con el de-

¹ Lo tomo en cuenta brevemente en el ensayo “Democracia y derechos fundamentales”, en este mismo volumen.

² “Neoconstitucionalismo” es una etiqueta que, a finales de los años noventa del siglo pasado, unos integrantes de la escuela genovesa de teoría del derecho —Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y yo mismo— han empezado a usar, como forma de clasificar, para criticarlas, algunas tendencias positivistas de la filosofía jurídica contemporánea, que presentan rasgos comunes pero también diferencias entre sí. La etiqueta ha tenido mucho éxito, pero sobre todo se han multiplicado, en Europa —particularmente en

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

sarrollo del proceso de constitucionalización del derecho, y que pretende superar y en un sentido suplantar, sea al positivismo jurídico, sea al iusnaturalismo.

Es bastante conocida la distinción formulada por Bobbio entre tres tipos o tres acepciones de positivismo jurídico:³ me parece oportuno, aunque sea un poco forzado, instituir una clasificación análoga entre tres diversas formas de neoconstitucionalismo —teórico, ideológico, metodológico— incluso porque de ese modo, resultará más comprensible y significativa la confrontación crítica entre tipos homogéneos de positivismo, y respectivamente, de neoconstitucionalismo.⁴

La utilización de tal tripartición permite, por otro lado, evidenciar las diferencias existentes entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo. El constitucionalismo ha sido fundamentalmente una ideología dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales o de derechos fundamentales. Tal ideología, por un lado, tiene como trasfondo

España e Italia— y Latinoamérica —particularmente en Argentina y México— los estudios de esas tendencias, y su comparación con el positivismo jurídico.

³ Cfr. Bobbio, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), Comunità, Milán, 1972. Véase, en español: Bobbio, N., *El problema del positivismo jurídico*, trad. por E. Garzón Valdés, Buenos Aires, Eudeba, 1965 y Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993.

⁴ Sobre las relaciones entre positivismo jurídico, constitucionalismo y/o neoconstitucionalismo, véase: Barberis, M., *La heterogeneidad del bien. Tres ensayos sobre el pluralismo ético*, México, Fontamara, 2006; Carbonell, M. (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, UNAM-Trotta, 2003; Duarte, É. O. R. y Pozzolo, S., *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*, São Paulo, Landy Editora, 2006; Mazzaresse, T. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turín, Giappichelli, 2002; Pino, G., “The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States”, en *Law and Philosophy*, núm. 18, 1999, pp. 513-536; Pozzolo, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001; Prieto, L., “Costituzionalismo e positivismo”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 1996. Ricerche di filosofia analitica*, Turín, Giappichelli, 1996, pp. 207-226; Prieto, L., *Constitucionalismo y positivismo*, 2a ed., México, Fontamara, 1999; Sastre Ariza, S., *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, prólogo de L. Prieto, Madrid, McGraw-Hill, 1999.

El neoconstitucionalismo

habitual aunque no necesario,⁵ el iusnaturalismo, que sostiene la tesis de la conexión identificativa entre derecho y moral, y por otro lado, tiene como adversario directo el positivismo ideológico.⁶ El constitucionalismo no es, sin embargo, relevante como teoría del derecho: la teoría dominante en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX es sin duda la positivista y no me parece que el constitucionalismo haya nunca intentado destronar tal hegemonía con una diferente propuesta teórica.

El neoconstitucionalismo, por su parte, no se presenta solamente como una ideología y una correlativa metodología, sino también y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista.

1.1. Neoconstitucionalismo teórico

El neoconstitucionalismo como teoría del derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo. El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además que por una Constitución “invasora”, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia en la Constitución de principios y no solo de reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la

⁵ No necesario, ya que han existido positivistas que si bien se han adherido a la ideología constitucionalista, sin embargo han rechazado lo que podríamos llamar el “constitucionalismo metodológico”, es decir, la idea de que las constituciones, y sobre todo los principios y los derechos fundamentales en ellas contenidos, instituyen un puente entre el derecho positivo y la moral.

⁶ La que existe entre positivismo y constitucionalismo como ideologías me parece la principal contraposición que subyace en el pionero trabajo de Matteucci, N., *Positivismo giuridico e costituzionalismo* (1963), Bologna, Il Mulino, 1996. Sobre ello, y sobre la discusión que siguió entre Bobbio y Matteucci, cfr. Margiotta, C., *Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci*, en “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 30, 2, 2000, pp. 387-425.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley. Como teoría, el neoconstitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que esta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles.

Al interior de la teoría neoconstitucionalista, por otro lado, se asiste a la formación de dos tendencias contrapuestas de pensamiento: mientras algunos de sus exponentes entienden que aquella no es más que la continuación, con el mismo método pero con un objeto —parcialmente— modificado del iuspositivismo, otros sostienen, por el contrario, que las transformaciones del objeto de investigación comportan la necesidad de un cambio radical de metodología, y que por tanto, el neoconstitucionalismo presenta diferencias cualitativas respecto al iuspositivismo teórico. Examinaré críticamente esta segunda tendencia en el parágrafo 4.1.

Es necesario observar que el neoconstitucionalismo teórico —que se caracteriza también y sobre todo por centrar su propio análisis en la estructura y en el papel que en los sistemas jurídicos contemporáneos asume el documento constitucional— adopta a veces como objeto de investigación, lo que he definido como el “modelo descriptivo de la Constitución como norma”, y a veces por el contrario, el “modelo axiológico de la Constitución como norma”.⁷

Uno de los rasgos distintivos del neoconstitucionalismo teórico —distintivos respecto a la teoría iuspositivista tradicional— es sin duda la tesis según la cual la interpretación constitucional, como consecuencia del proceso de constitucionalización del derecho, presenta hoy de hecho, algunas características peculiares respecto a la interpretación de la ley.⁸ Pero tales peculiaridades

⁷ Cfr. en este mismo volumen el ensayo “El objeto ‘constitución’ y su interpretación”.

⁸ Cfr., en general, Moreso, J. J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1997.

El neoconstitucionalismo

vienen diversamente configuradas según que se adopte uno u otro modelo de Constitución. Dado que a mí me parece que si adopta el modelo axiológico de Constitución como norma, el constitucionalismo no se presenta tanto como una teoría del derecho sino como una ideología, mencionaré en el siguiente subtítulo 1.2, bajo el título de constitucionalismo ideológico, la correspondiente doctrina de la interpretación constitucional.

Aquellos que adoptan por el contrario el modelo descriptivo de Constitución como norma, entienden que la constitución presenta al menos una característica en común con la ley: la de ser también ella un documento normativo. Quien adopta tal modelo, en consecuencia, configura normalmente la interpretación constitucional, al igual que la interpretación de la ley, como una especie del género interpretación jurídica, siendo esta última generalmente definida como la adscripción de significado a un texto normativo. Y en efecto, en la literatura reciente la tendencia que se encuentra es la de configurar las peculiaridades de la interpretación constitucional respecto a la interpretación de la ley como una cuestión de grado, y no como diferencias cualitativas. Al interior de esta posición común, sin embargo, se encuentra alguna diversidad de acentuación, que depende en buena medida del hecho de que algunos autores, a diferencia de otros, dan también cuenta desde un punto de vista externo moderado, de la actividad interpretativa de las cortes constitucionales, las cuales a su vez, parecen comúnmente asumir no el modelo descriptivo sino el axiológico de Constitución.

1.2. Neoconstitucionalismo ideológico

Cuando se presenta —también— como una ideología, el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal —que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX—, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Este cambio de acento es fácilmente explicable por el hecho de que el poder estatal en los ordenamientos democráticos contemporáneos, no es más visto

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

con temor y sospecha por la ideología neoconstitucionalista, que más bien se caracteriza justamente por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de derecho, que se ha afirmado progresivamente en Occidente y que va expandiendo su influencia en vastas zonas del mundo.⁹

El neoconstitucionalismo ideológico no se limita, por tanto, a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales —podríamos en este sentido hablar de “neoconstitucionalismo de los contrapoderes”—, pero más todavía destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución —podríamos en este sentido hablar de un “neoconstitucionalismo de las reglas”—.

Dado que algunos de sus promotores —pienso por ejemplo en Alexy, Campbell, Dworkin y Zagrebelsky— entienden que en los ordenamientos democráticos y constitucionalizados contemporáneos se produce una conexión necesaria entre derecho y moral, el neoconstitucionalismo ideológico se muestra proclive a entender que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a la Constitución. Y en este específico sentido, el neoconstitucionalismo parece tener alguna conexión con el positivismo ideológico. Pero este punto va profundizado: por eso voy a brindar preliminarmente un análisis esquemático del positivismo ideológico, dirigido a mostrar cómo bajo ese rótulo se encuentran posturas que presentan rasgos algo diferentes entre sí.

Según Bobbio, el positivismo como ideología tiene como máxima fundamental: “Se deben obedecer las leyes en cuanto tales”¹⁰ y no porque sean justas. La ideología positivista es para él sintetizable así: “El derecho, por la manera en la que es puesto y hecho valer, o bien por el fin al que sirve, cualquiera que sea su

⁹ Cfr. Hierro, L. L., *Estado de derecho. Problemas actuales*, México, Fontamara, 1998.

¹⁰ Bobbio, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 136.

El neoconstitucionalismo

contenido, tiene por sí mismo un valor positivo y se debe brindar obediencia incondicionada a sus prescripciones”.¹¹ Desarrollando y parcialmente modificando¹² las ideas de Bobbio, creo que se pueden útilmente distinguir al menos tres versiones del positivismo ideológico: *latissimo*, *lato* y *stricto sensu*.¹³

El positivismo ideológico *latissimo sensu* es la versión seguramente más antigua, y que ha encontrado en las palabras del Creonte de Sófocles una de sus expresiones más célebres. Se puede sintetizar en la idea según la cual se debe obediencia al derecho independientemente de su contenido, como así también de su forma y estructura. En otras palabras, se debe obediencia a cualquier orden de la autoridad, es decir: se debe obediencia a la autoridad. Esta versión ofrece generalmente una justificación del por qué se debe obedecer: en la mayoría de los casos —piénsese en Hobbes— para evitar el recurso a la violencia en las relaciones sociales. No hay en esta versión una moralidad interna y necesaria en el derecho —es decir relativa a su contenido, forma o estructura—, sino una justificación moral “externa” de la autoridad,

¹¹ *Ibidem*, pp. 113-14. Sobre los varios tipos de positivismo jurídico, cfr. también: Bulygin, E., *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006; Dimoulis, D., *Positivismo jurídico. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*, São Paulo, Método, 2006; Escudero R., Alday, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004; Jiménez Cano, R. M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.

¹² En efecto, pienso que no tiene demasiada utilidad la dicotomía, propuesta por Bobbio entre dos distintos tipos de argumentación a través de los cuales se atribuiría una valoración positiva al derecho existente. Cfr. Bobbio, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 110: “1) el derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, es decir de ser emanación de una voluntad dominante, es justo [...]; 2) el derecho [...] sirve, con su propia existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para alcanzar ciertos fines deseables, como el orden, la paz, la certeza y en general la justicia legal”. Es el segundo tipo de argumento y no el primero, el que en mi opinión caracteriza de manera sobresaliente las distintas formas históricas de positivismo ideológico.

¹³ Esta tipología, por supuesto, no pretende ser exhaustiva, ya que no logra enmarcar algunas formas “mixtas” de positivismo ideológico, que combinan ciertos elementos típicos de posturas neoconstitucionalistas. Pienso en particular a las opiniones expresadas por Campbell, T. D., *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot, Dartmouth, 1996.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

de sus órdenes y por consiguiente del derecho. El valor moral que se persigue es la paz social.

El positivismo ideológico *lato sensu* es la versión decimonónica o genéricamente moderna. Se puede sintetizar en la idea según la cual se debe obediencia al derecho independientemente de su contenido —el legislador es el dueño del derecho—, pero no cualquier conjunto de órdenes de una autoridad constituye un derecho: solo lo constituyen las leyes generales y abstractas a las que los mismos poderes están en alguna medida sometidos. La justificación del deber de obediencia depende —además que del valor moral de la paz social— de la moralidad interna del derecho,¹⁴ es decir, del valor intrínseco de su forma —gobierno *per leges*— y de su estructura —gobierno *sub lege*—. Solo está justificada la obediencia a las leyes de un Estado de derecho. El valor moral que se persigue es la igualdad formal.

El positivismo ideológico *stricto sensu* es la versión democrática de la segunda mitad del siglo xx. Se puede sintetizar en la idea según la cual se debe obediencia al derecho independientemente de su contenido, pero solo si sus procedimientos de formación son democráticos, es decir, si las leyes —generales y abstractas— han sido aprobadas por la mayoría. Aquí el valor intrínseco del procedimiento democrático —que respeta más que cualquier otro el valor de la autonomía, además de perseguir aquellos de la paz social y de la igualdad formal ya que atribuye a todos los ciudadanos un igual derecho de participación política— justifica el deber de obediencia a las leyes aprobadas por la mayoría —sin limitaciones sustanciales, y por tanto cualquiera que sea su contenido—. Está justificada la obediencia a las leyes de un Estado democrático —en sentido procedimental— de derecho.

Según el neoconstitucionalismo ideológico contemporáneo, en cambio, se debe obediencia al derecho solo si tiene un determinado contenido, es decir, si se conforma a una Constitución que tiene a su vez un determinado contenido: una Constitución formada por un conjunto de principios, valores y derechos fundamentales que constituyen —al menos en opinión de algunos

¹⁴ Este último concepto es analizado en los detalles por Escudero Alday, R., *Positivismo y moral interna del derecho*, Madrid, CEPC, 2000.

El neoconstitucionalismo

autores cognitivistas como Dworkin; no en opinión de otros, no cognitivistas como Ferrajoli— la positivización de la moral crítica. La justificación de la obediencia al derecho, no a cualquier derecho, es brindada por una moral que “nace” fuera del derecho y después se incorpora al sistema jurídico en su más alto nivel, la constitución. Solo está justificada la obediencia a las leyes de un Estado constitucional y democrático de derecho.

En resumen, podríamos decir que todos los tipos de positivismo y neoconstitucionalismo ideológicos afirman que se debe obedecer al derecho por razones morales.¹⁵ Se distinguen entre sí, sin embargo, por los valores morales que conforme a cada uno de ellos justifican la obediencia y por el concepto de derecho que usan.

Por lo que se refiere a los valores morales, se trata respectivamente:

- en el caso del positivismo ideológico *latissimo sensu* de la paz social;
- en el caso del positivismo ideológico *lato sensu* de la igualdad formal;
- en el caso del positivismo ideológico *stricto sensu* de la autonomía;
- en el caso del neoconstitucionalismo ideológico de los derechos fundamentales.

Por lo que se refiere al concepto de derecho, se trata respectivamente:

- en el caso del positivismo ideológico *latissimo sensu* de cualquier conjunto de órdenes de la autoridad,
- en el caso del positivismo ideológico *lato sensu* de cualquier conjunto de normas generales y abstractas,
- en el caso del positivismo ideológico *stricto sensu* de cualquier conjunto de normas aprobadas por la mayoría,
- en el caso del neoconstitucionalismo ideológico de cualquier conjunto de normas conforme a los derechos fundamentales.

¹⁵ Un análisis pormenorizado de las justificaciones morales que han sido presentadas a favor del deber de obediencia al derecho, y entonces de la así llamada “obligación política”, se encuentra ahora en Vilajosana, J. M., *Identificación y justificación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007, cap. IV.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Si se acepta esta reconstrucción de los varios tipos de positivismo ideológico y de sus relaciones con el neoconstitucionalismo ideológico, el debate contemporáneo entre los partidarios del así llamado “modelo Westminster”, es decir, de una democracia procedimental sin vínculos sustanciales¹⁶ y los del modelo de Estado constitucional de derecho, es decir, de una democracia procedimental con vínculos sustanciales —superioridad de una Constitución que incorpora un *bill of rights* y control judicial de legitimidad constitucional de las leyes—,¹⁷ podría ser leído —esta es mi propuesta interpretativa— como un contraste entre positivistas ideológicos —*stricto sensu*— y neoconstitucionalistas ideológicos.

Se trata de una discusión de ética normativa que se desarrolla a menudo mezclando dos planos que en mi opinión deberían mantenerse diferenciados: el plano empírico del funcionamiento de las democracias reales y del control de constitucionalidad real; y el plano ideal, filosófico-político, de la respectiva justificación de los dos modelos sobre la base de los principios y valores liberales.¹⁸

La pregunta fundamental del debate entre positivistas y neoconstitucionalistas ideológicos es la siguiente: ¿Cuál es el diseño institucional que mejor realiza el valor de la autonomía individual?

¹⁶ Cfr. por ejemplo: Bayón, J. C., “Derechos, democracia y constitución”, en *Discusiones*, núm. 1, 2000, pp. 65-94; Waldron, J., *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999; Waldron, J., *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

¹⁷ Cfr. por ejemplo: Dworkin, R., *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico* (2006), Milán, Feltrinelli, 2007, cap. 5; Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), Madrid, Trotta, 1995, 4ª ed., 2000, parte V; Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, espec. vol. II; Ferreres, V., *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*, México, Fontamara, 2008; Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (1992), Madrid, Trotta, 1995; Zagrebelsky, G., *Il «Crucifige!» e la democrazia*, Turín, Einaudi, 1995; Zagrebelsky, G. *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, ed. por G. Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2007.

¹⁸ Que los participantes en la discusión compartan al menos algunos principios fundamentales de corte liberal es, en mi opinión, justamente lo que hace posible y fructífero el debate.

El neoconstitucionalismo

¿El modelo Westminster o el Estado constitucional de derecho? Dicho de otra forma: ¿Cuál de los dos diseños institucionales está más justificado por el valor liberal cardinal, el de la autonomía? De este debate me ocupo brevemente en el ensayo “Democracia y derechos fundamentales”, en este mismo volumen.

Ya que adopta, como se ha apuntado, el modelo axiológico de la Constitución como norma, el neoconstitucionalismo ideológico pone generalmente en evidencia una radical especificidad de la interpretación constitucional respecto a la de la ley, y también de la aplicación de la Constitución respecto a la aplicación de la ley. Tales especificidades derivan de la diversidad del objeto Constitución respecto a la ley y se manifiestan sobre todo en relación a las respectivas técnicas interpretativas. Muy claro y ejemplificativo en ese sentido es Ronald Dworkin, especialmente en el trabajo titulado *The Moral Reading of the Constitution*.¹⁹

Con respecto a la aplicación de la Constitución y en particular de los principios, valores y derechos constitucionales —que son un conjunto contradictorio—,²⁰ los neoconstitucionalistas ideológicos afirman que ella se actúa a través de la ponderación, que ellos contraponen al tradicional procedimiento subsuntivo de aplicación de las reglas en el marco jurídico.

De forma muy esquemática, y que por supuesto requeriría un soporte argumental que omitiré aquí, se puede sostener que contrariamente a lo que afirman algunos neoconstitucionalistas ideológicos:

- a) La aplicación solo es subsuntiva ya que la actividad de ponderación se realiza antes de la aplicación en sentido estricto. La solución del conflicto entre principios a tra-

¹⁹ Publicado por primera vez en *The New York Review of Books*, 21 mar 1996, pp. 46-50; luego incluido, como introducción, en Dworkin, R., *Freedom's Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996. Para una reconstrucción de la posición de Dworkin en materia de interpretación constitucional, véase en este mismo volumen el ensayo “El objeto ‘constitución’ y su interpretación”.

²⁰ Cfr. Celano, B., “Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Turín, Giappichelli, 2005, pp. 53-74.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

vés de la ponderación genera una regla, y es esta última la que encuentra aplicación subsuntiva en los concretos casos singulares.

- b) La ponderación no es solo típica de los principios, sino que puede también realizarse antes de la aplicación de reglas jurídicas. Y esto es así toda vez que se individualicen dos o más disposiciones que se asume, a través de una oportuna interpretación, expresen reglas total o parcialmente aplicables al mismo supuesto de hecho. En esos casos el intérprete puede operar una ponderación entre las dos reglas en lugar de configurar una contradicción entre ellas.
- c) La ponderación no es la solución de un conflicto aparente, no determina unívocamente sobre la base del contenido de los derechos y principios un resultado estable —es decir, una regla entendida como condicional universal e inderrotable—. ²¹ La ponderación, si no es un vacío o una pura metáfora, ²² es la solución contextualmente determinada y por ende inestable, de un genuino conflicto entre derechos, principios y valores.

1.3. Neoconstitucionalismo metodológico

Algunas variantes del neoconstitucionalismo y en especial aquellas que se presentan —también— como una ideología, presuponen una toma de posición metodológica que propongo llamar —con algo de arbitrariedad, lo admito— “neoconstitucionalismo metodológico”. La referencia es obviamente a autores como Alexy y Dworkin. ²³

²¹ Cfr. *ibidem*, p. 68.

²² Cfr. *ibidem*, p. 70.

²³ Sobre el neoconstitucionalismo de Alexy y Dworkin, y su relación con el positivismo jurídico, cfr. Bongiovanni, G., *Teorie “costituzionalistiche” del diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, Bologna, CLUEB, 2000; Bongiovanni, G., *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2005; García Figueroa, A., *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, CEPC, 1998; Giordano, V., *Il positivismo e la sfida dei principi*, Ná-

El neoconstitucionalismo

Tal denominación recuerda explícitamente el y se contraponen al positivismo metodológico y conceptual, que afirma la tesis según la cual es siempre posible identificar y describir el derecho como es, y distinguirlo por tanto del derecho como debería ser. Esta tesis tiene, como se sabe, al menos dos corolarios: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la de la no conexión necesaria entre derecho y moral. Desde mi punto de vista, la tesis positivista tiene también al menos un presupuesto: la aceptación de la gran división entre ser y deber ser en su formulación lingüística, como distinción entre describir y valorar-prescribir. No tiene sin embargo como presupuesto, la tesis metaética no-cognitivistista en el ámbito moral: por lo menos no necesariamente, aún si de hecho muchos teóricos positivistas son no-cognitivististas y la mayoría de los críticos del positivismo son cognitivististas.

El neoconstitucionalismo metodológico sostiene por el contrario —al menos respecto a situaciones de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral— la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Desarrollaré como conclusión, algunas consideraciones críticas sobre el neoconstitucionalismo como teoría. En efecto, ya critiqué en otra ocasión unos aspectos del neoconstitucionalismo como metodología y como ideología.²⁴

Como ya he sugerido en las páginas precedentes, creo que se puede mirar favorablemente a la teoría del derecho neoconstitucionalista, que me parece que da cuenta mejor que la tradicional

poles, ESI, 2004; Pozzolo, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico, cit.*; Prieto, L., *Constitucionalismo y positivismo, cit.* En particular sobre la teoría de los derechos fundamentales de Alexy véase: Menéndez, A. J. y Eriksen, E. O. (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Dordrecht, Springer, 2006.

²⁴ Cfr. Comanducci, P., *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, ed. por R. Escudero Alday, Madrid, CEPC, 2010, caps. 5 y 6.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

iuspositivista, de la estructura y del funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos. Por otro lado, el neoconstitucionalismo teórico, si acepta la tesis de la conexión solo contingente entre derecho y moral, no es de hecho incompatible con el positivismo metodológico, al contrario, podríamos decir que es su hijo legítimo. Dado que han —parcialmente— cambiado los modelos de Estado y de derecho respecto a los típicos del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, la teoría del derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días.

Las únicas críticas que presentaré se dirigen contra aquellas variantes del neoconstitucionalismo teórico, como por ejemplo la de Ferrajoli o la de Zagrebelsky, que ofrecen una reconstrucción del estatus y de las tareas de la teoría del derecho desde mi punto de vista inaceptable.

Luigi Ferrajoli, en algunos de sus escritos²⁵ y no solo en *Derecho y razón*, ha afirmado que la ciencia jurídica hoy y en los países democráticos, es necesariamente “normativa”. En particular, Ferrajoli entiende que la “descripción” de la Constitución es normativa respecto a los niveles inferiores del ordenamiento. La operación de Ferrajoli me parece la siguiente: una vez interpretada la Constitución como contenedora de un conjunto de valores, que cuentan con la adhesión política de Ferrajoli, se prescribe a la ciencia jurídica denunciar la invalidez de los materiales normativos infraconstitucionales contrastantes con esos valores, prescribiendo a los órganos competentes la anulación o derogación de las disposiciones inconstitucionales y el colmar las lagunas —que de axiológicas devienen, en la configuración de Ferrajoli, lagunas técnicas—.

Un ejemplo. Ferrajoli, dada la definición teórica de “derecho subjetivo” como una posición de ventaja que implica la existencia de una obligación correspondiente a otro sujeto, sostiene la tesis de que cuando un derecho esté establecido por la Constitución y

²⁵ Cfr., entre otros, Ferrajoli, L., “Derechos fundamentales”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999; “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en Ferrajoli, L. et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

El neoconstitucionalismo

falte una ley que instituya las obligaciones correspondientes, estaremos en presencia de una laguna —técnica— que debería ser denunciada por la ciencia jurídica —normativa—.

A mí me parece que esta es una tesis que proviene de la adhesión al neoconstitucionalismo ideológico —y no teórico— y del haber asignado un rol normativo a la ciencia jurídica. De forma coherente con la definición teórica de “derecho subjetivo” presentada, Ferrajoli debería —con Kelsen— concluir a nivel teórico, que si se instituyen en un ordenamiento concreto derechos sin las obligaciones correspondientes, estos presuntos derechos no son tales. No debería concluir que existe una laguna técnica, sino que no existe el derecho subjetivo en cuestión. Obviamente desde un punto de vista de política del derecho, se puede afirmar que estamos en presencia de una laguna axiológica, que el legislador debería intervenir para colmarla, que la técnica normativa de instituir derechos sin las obligaciones correspondientes está en contraste con el modelo de un legislador racional, etcétera. O bien, se podría cambiar la definición teórica y distinguir entre derechos perfectos —que cuentan con las correspondientes obligaciones— y derechos imperfectos —que no cuentan con las correspondientes obligaciones—.

Pero no se puede confundir, como hace Ferrajoli, entre la implicación lógica —permitido implica no prohibido— y la implicación en el interior de una teoría —el derecho subjetivo supone una obligación correspondiente—, por una parte, y por otra, la tesis de política del derecho *de iure condendo* según la cual, si existe un derecho reconocido a nivel constitucional, *debe* existir una obligación correspondiente reconocida a nivel legislativo. Se trata de dos cosas completamente diversas, y afirmar que de la primera deriva la segunda equivale a afirmar la tesis de que un conjunto de proposiciones que prescriben cómo el derecho debe ser —sin lagunas ni contradicciones— sea derivable de un conjunto de proposiciones que describen cómo el derecho es —ordenamiento bidimensional, Constitución rígida que enuncia derechos, etc.—. Esta tesis me parece adscribible a la familia de los naturalismos jurídicos, y por tanto del todo contradictoria con las premisas divisionistas de la teoría neoconstitucionalista de Ferrajoli.

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Creo que la expresión “ciencia jurídica”, tal como la usa Ferrajoli es ambigua, porque se refiere tanto a la teoría del derecho como a la dogmática jurídica. Pero no todo lo que se puede predicar de la dogmática conviene a la teoría del derecho y viceversa. Particularmente espinoso es justamente el problema de la “politicidad” de la ciencia jurídica. Estaría de acuerdo con Ferrajoli en que la actividad de la dogmática es necesariamente —también— política, pero ¿por qué también debería serlo la de la teoría del derecho, entendida como metaciencia jurídica? Y luego: ¿en qué modo un modelo explicativo del Estado constitucional de derecho es *también* normativo, como afirma Ferrajoli? ¿Y sirve como instrumento de control y de crítica? A mí me parece que obviamente, solo un modelo normativo puede servir para controlar y criticar, no desde luego un modelo explicativo. Lo que el derecho es, no puede servir para criticar lo que el derecho es ni para indicar lo que el derecho debe ser. Y sin embargo es justamente esto lo que Ferrajoli parece sostener. Dado el modelo explicativo de cómo el derecho es, el teórico, según Ferrajoli, debería criticar los alejamientos del modelo. La única explicación es que el modelo de Ferrajoli no sea explicativo sino ideal. Nada de malo en ello: por lo demás es un modelo que cuenta con toda mi simpatía. Pero explicar el derecho es otra cosa y el teórico debería hacer solamente esto.

Gustavo Zagrebelsky, por su parte, hace teoría desde el punto de vista interno en sentido fuerte, ya que entiende que la idea de derecho se puede conocer solo desde el interior, participando en la práctica social llamada “derecho” —punto de vista interno débil—, y además muestra y propugna la adhesión a los valores expresados por el derecho y sobre todo por la Constitución. Y dado que la práctica “derecho” es una combinación de juicios de hecho y de valores, también la teoría resulta compuesta del mismo modo: como dice Zagrebelsky, es una *iuris-prudentia* y no una *scientia iuris*.

A mí me parece que el derecho como práctica social, no presenta características distintivas tales como para exigir un acercamiento metodológico distinto del que tiene por objeto otras prácticas sociales, y que por tanto, solamente pueda ser estudiado desde un punto de vista externo, es decir, hasta donde es posible en el campo de las ciencias sociales, no valorativo. Pero hay una

El neoconstitucionalismo

exigencia expresada por Zagrebelsky y por otros estudiosos que debe ser tomada en cuenta: la de considerar como imprescindible, para poder conocer la idea del derecho, el punto de vista interno de los operadores —jueces, legisladores, juristas y simples ciudadanos—. Tenerlo en cuenta es una cosa distinta de hacerlo propio. Podemos distinguir un punto de vista externo radical, comportamentista o normativista, para el que solo cuentan como objetos de investigación los comportamientos de los actores de la práctica o las normas en su formulación. Y hay un punto de vista externo moderado, para el cual además de los precedentes, cuentan como objeto de investigación también las actitudes internas de los actores de la práctica, en particular la idea de derecho que ellos presuponen.

Zagrebelsky no alcanza, por defecto en el acercamiento metodológico, a aportar una teoría del derecho satisfactoria —y podría enunciar los muchos puntos en los que pasa del describir al prescribir, proponiendo teorías normativas de la Constitución, de los principios, de la interpretación, etcétera—, pero su obra²⁶ es sumamente útil como objeto de la teoría del derecho que asume un punto de vista externo moderado, y que la interpreta como una doctrina jurídica y valora su potencialidad práctica-operativa. De hecho, como todas las obras de los grandes juristas dogmáticos, la doctrina de Zagrebelsky aporta como material preelaborado una síntesis de la mentalidad y de las actitudes de un grupo —por lo demás influyente— de juristas, sobre cuya teoría del derecho conviene reflexionar.

²⁶ Pienso sobre todo en Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995; *La crucifixión y la democracia*, Ariel, Barcelona, 1996.