

# FORMAS DE (NEO)CONSTITUCIONALISMO: UN ANÁLISIS METATEÓRICO\*

---

Paolo Comanducci\*\*

## 0. Introducción

**M**e parece oportuno subrayar desde el inicio, a fin de evitar ambigüedades en el análisis que me propongo cumplir, el doble significado vehiculado por los términos “constitucionalismo” y “neoconstitucionalismo”. Designan, en una primera acepción, una teoría y/o una ideología y/o un método de análisis del derecho. En una segunda acepción, designan en cambio algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político, que son descritos y explicados por el (neo)constitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del (neo)constitucionalismo como ideología. En esta segunda acepción, “constitucionalismo” y “neoconstitucionalismo” designan un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales.

En el primer párrafo ilustraré –en sus rasgos esenciales y tomándolo en consideración solamente como ideología jurídica– el constitucionalismo moderno que se afirma, en la Europa continental, entre el final del siglo XVIII y los inicios del siglo XIX, y cuya definitiva decadencia coincide *grosso modo* con la promulgación de las Constituciones post-bélicas.

Realizaré luego, en el segundo párrafo, una esquemática reconstrucción histórica de las vicisitudes del modelo constitucional italiano (análogas, al menos en parte, a las de los otros modelos constitucionales de la Europa continental).

\* Traducción del italiano por Miguel Carbonell

\*\* Universidad de Génova.

En el tercer párrafo, intentaré un acercamiento entre los varios tipos de neoconstitucionalismo, presentes en el debate jus-teórico contemporáneo, y los tres sentidos en los que, según Bobbio, se puede hablar de positivismo jurídico. Distinguiré por tanto un neoconstitucionalismo como teoría del derecho, un neoconstitucionalismo como ideología del derecho y un neoconstitucionalismo como método de análisis del derecho, poniendo algún breve ejemplo de cada uno de ellos.

En el cuarto párrafo criticaré una variante del neoconstitucionalismo teórico (representada, por un lado, por Ferrajoli y, por otro, por Zagrebelsky); avanzaré luego algunas dudas respecto a la ideología neoconstitucionalista; y, finalmente, atacaré frontalmente el neoconstitucionalismo metodológico (que me parece además indistinguible, en su núcleo central, del iusnaturalismo).

Ya que mi tarea es sobre todo la de esbozar las diversas “formas” de neoconstitucionalismo, no me detendré, si no marginalmente, a ilustrar las tesis específicas de los autores de los que me he servido para reconstruir tales formas.

## 1. El constitucionalismo moderno

Presentaré, en primer lugar, bajo la forma de tres tricotomías, una especie de esquemática tipología del constitucionalismo moderno<sup>1</sup>, entendido como ideología jurídica.

La primera tipología tiene que ver con los objetos y las pretensiones del constitucionalismo. La segunda tiene que ver con los medios institucionales mediante los cuales se quieren realizar los fines del constitucionalismo. La tercera tiene que ver con los medios políticos mediante los cuales se quieren realizar tales fines.

a) La primera dicotomía puede ser presentada en dos modos diversos.

Desde un primer punto de vista, podemos distinguir entre constitucio-

<sup>1</sup> Sobre la ideología constitucionalista véase al menos: B. Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1967; A. Barbera (editor), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1997; M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne, I. Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Giappichelli, Turin, 1991; M. Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001; G. G. Florida, *La costituzione dei moderni. Profili tecnici di storia costituzionale. I. Dal medioevo inglese al 1791*, Giappichelli, Turin, 1991.

nalismo en sentido amplio y constitucionalismo en sentido restringido.

El constitucionalismo en sentido amplio es la ideología que requiere la creación de una –cualquiera– constitución, a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo. El constitucionalismo en sentido restringido es la ideología que requiere la creación de un específico tipo de constitución a fin de limitar el poder, y de prevenir el despotismo.

Desde otro punto de vista, podemos distinguir entre constitucionalismo débil y constitucionalismo fuerte.

El constitucionalismo débil es la ideología que requiere una constitución solamente para limitar el poder existente, sin prever una específica defensa de los derechos fundamentales. El constitucionalismo fuerte (o liberal) es la ideología que requiere una constitución para garantizar los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal<sup>2</sup>.

Adoptaré en lo que sigue este segundo punto de vista, que me parece más adecuado para mis propósitos.

b) La segunda dicotomía es la que existe entre constitucionalismo de los contrapoderes y constitucionalismo de las reglas. Hago aquí referencia a, y adopto, la distinción formulada por Bernard Manin<sup>3</sup>.

El constitucionalismo de los contrapoderes es la ideología que, a fin de limitar el poder y/o de garantizar los derechos fundamentales, propone un sistema institucional de *checks and balances*. La teoría de Montesquieu es obviamente la principal fuente doctrinal de este tipo de constitucionalismo.

<sup>2</sup> Sobre los derechos fundamentales, en clave de reconstrucción histórica y conceptual, cfr. G. Peces-Barba et al., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III, BOE, Madrid, 1995; G. Peces-Barba y E. Fernández (directores), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I. Tránsito a la modernidad- Siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid, 1998.

<sup>3</sup> Cfr. B. Manin, “Les deux libéralismes: marché et contre-pouvoirs”, *Interventions*, 9, 1984, pp. 10-24. Véase también B. Manin, “Les deux libéralismes: la règle et la balance” en I. Théry y C. Biet (directores), *La famille, la loi, l’Etat: de la Révolution au Code Civil*, Imprimerie Nationale-Centre Georges Pompidou, París, 1989, pp. 372-389; B. Manin, “Freni, contrappesi e confini: la separazione dei poteri nel dibattito costituzionale del 1787”, en Paolo Comanducci y Riccardo Guastini (editores), *Analisi e diritto 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Turín, 1994, 211-252.

El constitucionalismo de las reglas es la ideología que, a fin de limitar el poder y de garantizar los derechos fundamentales, propone reconocer la prioridad cronológica y sobre todo axiológica de una esfera de libertades individuales respecto a la acción del Estado. Un conjunto de reglas fundamentales (una constitución o una carta de los derechos) deben impedir la intrusión del Estado al interior de esa esfera. El constitucionalismo de las reglas podría también ser llamado, como propone Manin, constitucionalismo del mercado, si quisiéramos subrayar la preeminente importancia asignada por el constitucionalismo liberal de inicios del siglo XIX al derecho de propiedad y a la libertad contractual. La principal fuente cultural de este tipo de constitucionalismo es, desde mi punto de vista, el iusnaturalismo voluntarista y racionalista del siglo XVIII.

c) La tercera dicotomía es la que existe entre constitucionalismo reformista y constitucionalismo revolucionario.

El constitucionalismo reformista es la ideología que requiere al poder existente conceder, o pactar la promulgación de, una constitución.

El constitucionalismo revolucionario es la ideología que propone destruir el poder existente y/o requiere al nuevo poder revolucionario otorgarse una constitución.

Se pueden formular las siguientes relaciones entre los elementos que componen estas tres dicotomías:

El constitucionalismo reformador y el revolucionario son mutuamente incompatibles;

El constitucionalismo en sentido amplio comprende, obviamente, el constitucionalismo en sentido restringido, pero

El constitucionalismo débil y el fuerte son entre ellos incompatibles;

El constitucionalismo de las reglas es incompatible con el constitucionalismo débil;

El constitucionalismo de los contrapoderes y el de las reglas son instrumentales respecto al constitucionalismo fuerte.

Más difícil es delinear las relaciones entre constitucionalismo de los contrapoderes y constitucionalismo de las reglas. Parecen ser o complementarios o incompatibles. Desde mi punto de vista, esta sorprendente afirmación puede ser explicada si se presta suficiente atención al hecho

de que el constitucionalismo de las reglas está siempre asociado a la idea del origen popular de la soberanía, mientras no siempre sucede esto con el constitucionalismo de los contrapoderes. De esta forma, los dos constitucionalismos son complementarios si ambos presuponen la soberanía popular; son incompatibles si esto no sucede.

En el primer caso, el constitucionalismo de los contrapoderes es concebido como una ideología que requiere un tipo complejo de separación de poderes. Los poderes estatales son delegados, divididos y se limitan entre ellos, con el fin de garantizar los derechos individuales fundamentales del pueblo soberano. Los poderes son aquí meras funciones del Estado: están legitimados porque representan al entero pueblo y/o porque actúan en nombre del pueblo.

En el segundo caso, el constitucionalismo de los contrapoderes es concebido exactamente como en la doctrina de Montesquieu relativa al gobierno monárquico. Los frenos y contrapesos son establecidos entre órganos que representan los diferentes intereses de los distintos grupos o clases sociales: la corte, la aristocracia, el clero, la burguesía, etcétera. La soberanía pertenece al Estado en la persona del rey; el equilibrio institucional refleja un equilibrio social y político, y garantiza algunas limitadas libertades individuales. La función principal de la constitución no es la de asegurar los derechos individuales y universales, sino la de ofrecer sanción jurídica a un compromiso político estipulado por facciones que luchan para mantener o para conquistar el poder.

## **2. El modelo constitucional italiano desde los orígenes hasta la Constitución de 1948**

He delineado una estructura conceptual que, desde mi punto de vista, debería permitir, por un lado, distinguir el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX del neoconstitucionalismo, y, por otro, conducir un análisis detallado del constitucionalismo italiano —en el sentido de “modelo constitucional” italiano—, desde finales del siglo XVIII hasta la primera mitad del siglo XX. Pero no desarrollaré aquí este último tipo de investigación. Me limitaré a presentar un breve esquema de las constituciones de ese periodo, que son, desde un punto de vista cultural, los productos del constitucionalismo italiano, entendido como ideología.

En una esquemática periodización de la primera historia constitucional italiana pueden individualizarse tres fases:

- 1) En la primera fase se asiste a la promulgación de las Constituciones jacobinas (entre 1796 y 1799);
- 2) En la segunda a la promulgación de las Constituciones napoleónicas (entre 1802 y 1810);
- 3) En la tercera se asiste tanto a la promulgación de algunas constituciones propias de la Restauración como a la de algunas constituciones revolucionarias (entre 1815 y 1849):

Todas estas –numerosas– constituciones (se cuentan más de treinta) tuvieron una vida muy breve, y algunas ni siquiera entraron en vigor. Solo el Estatuto Albertino (una constitución *octroyée*, flexible, promulgada por el rey de Cerdeña, Carlos Alberto, en 1848) tuvo una vida larga: permanece formalmente en vigor por un siglo, hasta 1947.

Estas constituciones no son por lo general muy originales, ya que estaban modeladas particularmente sobre las constituciones francesas (en particular sobre la Constitución de 1795, sobre las diversas constituciones napoleónicas, sobre las Constituciones de 1814 y 1830), y menos sobre la Constitución española de 1812 y la belga de 1831. Existen sin embargo algunos elementos peculiares, cuyo origen se encuentra en la adaptación de las Constituciones francesas a la específica situación italiana. Existen también algunas instituciones desconocidas para el constitucionalismo francés. La más importante quizá es la institución de los Eforos, prevista en el proyecto constitucional napolitano de 1799<sup>4</sup>. Un proyecto escrito por un gran jurista de la ilustración italiana, Francesco Mario Pagano. Los Eforos son los guardianes de la Constitución, pero su poder es visto con sospecha por Pagano. De hecho, él propone: que los Eforos no deben ejercer ni el poder legislativo, ni el ejecutivo, ni el judicial; que la pertenencia a ese cuerpo sea incompatible con la pertenencia a cualquier otra función pública; que sus miembros permanezcan en el cargo solamente por un año, y que no sean inmediatamente reelegibles; que tal órgano pueda reunirse solamente cada quince días, y así por el estilo. Las principales funciones de los Eforos eran la de obligar a los otros poderes a observar la Constitución, la de anular los

<sup>4</sup> Cfr. el Título XIII (“Custodia de la Constitución”) de la Constitución de la República Partenopea del año 1799 en *Raccolta di Costituzioni Italiane*, vol. II, Tipografia Economica, Turín, 1852, pp. 108 y ss.

actos de un poder realizados más allá de su competencia, y la de proponer al poder legislativo la abrogación de las leyes inconstitucionales. Pagano fue quizá influenciado por la lectura de “El Federalista”: si así fue, se trataría de uno de los pocos casos de influencia directa ejercida por el constitucionalismo norteamericano sobre una Constitución italiana, antes de la republicana de 1948.

Usando la estructura conceptual arriba delineada podemos decir que, en el primer periodo de la historia constitucional italiana, el constitucionalismo débil fue siempre asociado con el constitucionalismo de los contrapoderes y con el reformista en las Constituciones de la Restauración. En las otras constituciones, por el contrario, el constitucionalismo fuerte se asoció habitualmente con los constitucionalismos de las reglas y revolucionario, si bien a veces se asociara también con el de los contrapoderes y reformista.

En particular, el Estatuto Albertino, en su formulación literal, es la típica expresión de los constitucionalismos débil, reformista y de los contrapoderes (y aquí el constitucionalismo de los contrapoderes debe considerarse incompatible con el constitucionalismo de las reglas). Solo sucesivamente, en la época liberal, la obra de la doctrina jurídica y la presión de las fuerzas políticas transformó el significado y el impacto del Estatuto Albertino. Antes del ascenso del fascismo, el italiano fue un constitucionalismo de los contrapoderes complementado por un moderado constitucionalismo de las reglas. Mientras que el constitucionalismo fuerte, de las reglas y revolucionario se ha afirmado en Italia, junto con la separación de poderes y a un sistema de *checks and balances*, solamente en 1948, cuando se promulga la actual Constitución republicana.

En el ordenamiento italiano, también y sobre todo a partir de las deliberaciones de la Corte Constitucional, se ha producido una progresiva “constitucionalización” del derecho. Se trata de un proceso al término del cual el derecho es “impregnado”, “saturado” o “embebido” por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Se trata además de un concepto graduado: un derecho puede ser más o menos constitucionalizado. Siguiendo a Guastini<sup>5</sup>, las principales condiciones de constitucionalización son:

<sup>5</sup> Cfr., sobre todo, R. Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano” en R. Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, IJ-UNAM, Fontamara, México, 2001.

- 1) La existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales;
- 2) La garantía jurisdiccional de la Constitución;
- 3) La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”);
- 4) La “sobreinterpretación” de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos);
- 5) La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares;
- 6) La interpretación adecuada de las leyes.

### 3. Neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico

Cerrado este breve y esquemático paréntesis histórico, dirijámonos ahora al análisis del neoconstitucionalismo contemporáneo.

Es bastante conocida la distinción, formulada por Bobbio, entre los tres tipos, o tres acepciones, de positivismo jurídico<sup>6</sup>: 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.<sup>7</sup>

La utilización de tal tripartición permite por otro lado evidenciar las diferencias existentes entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo. El constitucionalismo, tal como se ha entendido en las páginas precedentes, es 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 habi-

<sup>6</sup> Cfr. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 2ª edición, Comunità, Milán, 1988 y N. Bobbio, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993.

<sup>7</sup> Sobre las relaciones entre positivismo jurídico, constitucionalismo y/o neoconstitucionalismo, véase: G. Pino, “The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States”, *Law and Philosophy*, 18, 1999, pp. 513-536; S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Turín, 2001; L. Prieto, “Costituzionalismo e positivismo” en Paolo Comanducci y Riccardo Guastini (editores), *Analisi e diritto 1996. Ricerche di filosofia analitica*, Giappichelli, Turín, 1996, pp. 207-226; L. Prieto, *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª edición, Fontamara, México, 1999; S. Sastre Ariza, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, prólogo de L. Prieto, McGraw-Hill, Madrid, 1999.

tual, aunque no necesario<sup>8</sup>, el iusnaturalismo, que sostiene la tesis de la conexión identificativa entre derecho y moral, y, por otro lado, tiene como adversario directo al positivismo ideológico<sup>9</sup>. 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.

### 3.1. 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 omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la 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 ésta 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.

<sup>8</sup> No necesario, ya que han existido positivistas que, si bien se han adherido a la ideología constitucionalista, han sin embargo 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.

<sup>9</sup> La que existe entre positivismo y constitucionalismo como ideologías me parece la principal contraposición que subyace en el pionero trabajo de N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo* (1963), Il Mulino, Bolonia, 1996. Sobre ello, y sobre la discusión que siguió entre Bobbio y Matteucci, cfr. C. Margiotta, “Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXX, 2, 2000, pp. 387-425.

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 en otro lugar 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”<sup>10</sup>.

En el primero modelo, “constitución” designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales (y por tanto fundantes del entero ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas).

En el segundo modelo, “constitución” designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales (y por tanto fundantes del entero ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas) –hasta aquí se recalca la definición precedente–, “a condición de que tengan determinados contenidos a los que se atribuye un especial valor”<sup>11</sup>. En este modelo, como afirma Dogliani, la constitución está “cargada de un valor intrínseco: la constitución es un valor en sí”<sup>12</sup>.

Uno de los rasgos distintivos del neoconstitucionalismo teórico (distintivos respecto a la teoría iuspositivista tradicional) es sin duda la te-

<sup>10</sup> Cfr. P. Comanducci, *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Turín, 1998, pp. 100-102 y 106-109; P. Comanducci, “Modelos e interpretación de la Constitución” en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, IJ-UNAM, Porrúa, México, 2000, pp. 133-137.

<sup>11</sup> M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1994, p. 14.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 15.

sis 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<sup>13</sup>. Pero tales peculiaridades 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 neoconstitucionalismo no se presenta tanto como una teoría del derecho sino como una ideología, mencionaré, en el siguiente párrafo, bajo el título de neoconstitucionalismo 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 ésta 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<sup>14</sup>.

### 3.2. 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

<sup>13</sup> Cfr., en general, J. J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, CEPC, 1997.

<sup>14</sup> Para una mayor profundización cfr. P. Comanducci, *Assaggi di metaetica due*, cit., pp. 111-116.

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 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.

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, 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 puede ser considerado como una moderna variante del positivismo ideológico del siglo XIX, que predicaba la obligación moral de obedecer la ley.

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*<sup>15</sup>.

### 3.3. 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<sup>16</sup>.

Tal denominación recuerda explícitamente el, y se contrapone 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 meta-ética no-cognitivistica en el ámbito moral: por lo menos no necesariamente, aún si de hecho muchos teóricos positivistas son no-cognitivistas, y la mayoría de los críticos del positivismo son cognitivistas.

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.

<sup>15</sup> Publicado por primera vez en “The New York Review of Books”, 21 de marzo de 1996, pp. 46-50; luego incluido, como introducción, en R. Dworkin, *Freedom’s Law*, Oxford University Press, Oxford, 1996. Para una reconstrucción de la posición de Dworkin en materia de interpretación constitucional, remito a P. Comanducci, *Assaggi di metaetica due*, cit., pp. 116-121.

<sup>16</sup> Sobre el neoconstitucionalismo de Alexy y Dworkin, y su relación con el positivismo jurídico, cfr. G. Bongiovanni, *Teorie “costituzionalistiche” del diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, CLUEB, Bolonia, 2000; A. García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, CEPC, Madrid, 1998; S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit.; L. Prieto, *Constitucionalismo y positivismo*, cit.

#### 4. Algunas consideraciones críticas

Desarrollaré, como conclusión, algunas consideraciones críticas sobre los tres tipos de neoconstitucionalismo presentados.

##### 4.1. Neoconstitucionalismo teórico

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 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 escritos recientes<sup>17</sup>, y no solo en su obra mayor<sup>18</sup>, 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 va-

<sup>17</sup> Cfr., entre otros, L. Ferrajoli, “Derechos fundamentales” en L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999; *Id.*, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho” en L. Ferrajoli et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

<sup>18</sup> L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4ª edición, Trotta, Madrid, 2000.

lores, 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 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 mi 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 como el derecho debe ser (sin lagunas ni contradicciones) sea derivable de un conjunto de proposiciones que describen como el derecho es (ordenamiento bi-dimen-

sional, constitución rígida que enuncia derechos, etcétera). 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.

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 ¿porqué 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 mi 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 sólo 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 mi 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, avalorativo. Pero hay una exigencia, expresada por Zagrebelsky y por otros estudiosos, que debe ser tenida 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 obra<sup>19</sup> 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 pre-elaborado 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.

#### 4.2. *Neoconstitucionalismo ideológico*

Al neoconstitucionalismo ideológico se podrían extender todas las críticas, avanzadas por Bobbio y otros autores, como por ejemplo Nino, frente al positivismo ideológico. Me limitaré aquí, sin embargo, a argumentar solamente contra la que me parece una consecuencia peligrosa de tal ideología: la disminución del grado de certeza del derecho derivada de la técnica de “ponderación” de los principios constitucionales y de la interpretación “moral” de la constitución.

<sup>19</sup> Pienso sobre todo en G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995; Id., *La crucifixión y la democracia*, Ariel, Barcelona, 1996.

Como se sabe, Dworkin, uno de los principales exponentes de la ideología neoconstitucionalista, sostiene la tesis según la cual un derecho, formado, además que por reglas, por principios fundamentales que tienen su fuente en una moral objetiva, es, o puede tendencialmente llegar a ser, totalmente determinado (es la famosa tesis de la única solución justa, o correcta<sup>20</sup>). Me parece que de esa manera Dworkin no distingue ni entre determinación *ex ante* y *ex post*<sup>21</sup>, ni entre el problema teórico de la cognoscibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones y el problema práctico de las justificaciones de las decisiones judiciales.

Desde el punto de vista teórico, que es el que aquí se adopta, y dejando aparte la cuestión de la determinación *ex post*, el único problema interesante es el de la determinación *ex ante*: ¿cuál es el efecto de la configuración de los principios en la determinación/indeterminación *ex ante*? Desde esta perspectiva, la respuesta de Dworkin es inaceptable, dado que la configuración de los principios, que son una *species* del *genus* normas, no puede eliminar totalmente las causas estructurales, lingüísticas y subjetivas de la parcial indeterminación del derecho. Pero podemos preguntarnos si puede reducirlas.

Creo que la indeterminación podría quizá disminuir si se dieran al menos estas condiciones: 1) si existiese una moral objetiva, conocida y observada por los jueces (o, lo que es lo mismo, si existiera una moral positiva, conocida y observada por los jueces); 2) si los jueces observaran siempre las prescripciones de Dworkin (o de Alexy), y construyeran un sistema integrado de derecho y moral, internamente consistente, de modo que, con la ayuda de los principios, pudieran elegir para cada caso la única solución justa, o correcta, o al menos la mejor. Bajo estas condiciones, la creación de principios, por obra del legislador, o la configuración de principios, por obra de los jueces o de la dogmática, podría reducir la indeterminación *ex ante* del derecho.

<sup>20</sup> Cfr. sobre todo R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984. Sobre la “tesis de la única respuesta correcta” cfr., entre otros, M. Cohen (editor), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, Londres, 1984, especialmente las partes 2 y 3; R. Guastini, “Soluzioni dubbie. Lacune e interpretazione secondo Dworkin. Con un’appendice bibliografica”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 13, 2, 1983, pp. 449-467; A. Schiavello, *Diritto como integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli, Turin, 1998, pp. 228-244.

<sup>21</sup> Sobre tal distinción cfr. P. Comanducci, *Assaggi di metaetica due*, cit., pp. 92-93.

Pero, en realidad, estas condiciones no se dan. Y las cosas están así no tanto por discutidas razones metaéticas, que afirman la existencia de una moral objetiva, sino por razones factuales. De hecho: a) suponiendo incluso que exista, la moral objetiva no es conocida ni compartida por todos los jueces; b) no existe, en nuestras sociedades, una moral positiva compartida por todos los jueces (nuestras sociedades, cada día más, están caracterizadas por un pluralismo ético); c) los jueces no son coherentes en el tiempo con sus propias decisiones, y no construyen un sistema consistente de derecho y moral para resolver los casos; d) los jueces no siempre argumentan y deciden racionalmente (cualquiera que sea el significado, aún el más débil, que queramos atribuirle a esta palabra).

En condiciones reales, y no ideales, la configuración de principios puede ayudar a los jueces a encontrar siempre una justificación *ex post* para sus propias decisiones, pero parece no reducir, si no aumentar la indeterminación *ex ante* del derecho. Y esto me parece ser así por tres razones principales:

- 1) porque una de las características más comunes de las normas que están configuradas como principios es su mayor vaguedad respecto a las otras normas, y por tanto ésta característica aumenta en vez de reducir la indeterminación *ex ante*;
- 2) porque, en consecuencia, la creación y configuración de principios, a falta de una moral común, aumenta la discrecionalidad de los jueces, que pueden decidir los casos haciendo referencia a las propias, subjetivas, concepciones de la justicia, y también esto, naturalmente, aumenta la indeterminación *ex ante*;
- 3) porque la peculiar manera de aplicar las normas configuradas como principios, o sea la ponderación de los principios caso por caso, a falta de una jerarquía estable y general entre los principios, aumenta también ella la discrecionalidad de los jueces y la indeterminación *ex ante* del derecho<sup>22</sup>.

No quisiera que de lo dicho hasta aquí se concluyera que no existen buenas razones para crear principios, o para configurarlos o ponderarlos. Creo que existen buenas razones para hacerlo.

<sup>22</sup> Cfr. R. Guastini, "Principios de derecho y discrecionalidad judicial" en R. Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, cit.

Pero lo que no creo es que, en la situación actual, crear o configurar principios, o ponderarlos caso por caso, sean actividades que persigan directamente (como parece creer Dworkin) el valor de la certeza del derecho<sup>23</sup>. Estas actividades persiguen, me parece, otros objetivos, que pueden ser, dependiendo del punto de vista, igual o mayormente recomendables: como, por ejemplo, la adecuación del derecho a los cambios sociales, tomar decisiones “al por mayor”<sup>24</sup>, ofrecer criterios generales a los órganos inferiores, establecer metas de reforma social, la delegación de poderes para determinar el contenido del derecho, es decir, en general, la hetero y/o auto-atribución a los jueces de una parte del poder normativo, etcétera.

### 4.3. *Neoconstitucionalismo metodológico*

Contra el neoconstitucionalismo metodológico (que considera los principios constitucionales como un puente entre el derecho y la moral), me limitaré a rebatir la tesis de la no conexión justificativa entre derecho y moral<sup>25</sup>.

La tesis neoconstitucionalista es que cualquier decisión jurídica, y en particular la decisión judicial, está justificada si deriva, en última instancia, de una norma moral.

Interpreto esta tesis como una respuesta a un problema normativo (“¿cuál debe ser la norma que funda o justifica la decisión judicial?”), y por tanto la tesis misma reviste carácter normativo (“es una norma moral la que debe fundar o justificar la decisión judicial”).

Obviamente, la tesis de la conexión justificativa podría también ser interpretada de otra forma: o como respuesta a un problema empírico (“De hecho, ¿cuáles son las normas que, en un determinado contexto, fundan o justifican la decisión judicial?”), o como respuesta a un pro-

<sup>23</sup> Sobre la certeza del derecho cfr. recientemente: E. Diciotti, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Giappichelli, Turín, 1999; C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milán, 1999.

<sup>24</sup> La expresión es de M. Jori, *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milán, 1980, p. 5.

<sup>25</sup> Sostienen posiciones análogas a las expresadas en el texto, entre otros: M. Barberis, “Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale”, *Ragion Pratica*, 14, 2000, pp. 147-162; S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit.; L. Prieto, *Constituzionalismo y positivismo*, cit. Para una discusión crítica de los varios tipos de conexión que se han instituido entre derecho y moral, remito a P. Comanducci, *Assaggi di metaetica due*, cit., 8-13.

blema teórico (“En un modelo explicativo de la decisión judicial, ¿cuáles son las normas que fundan o justifican la decisión judicial?”). Creo que, si la interpretáramos como descriptiva, esta respuesta sería falsa (en las prácticas judiciales de motivación de las decisiones, en los sistemas jurídicos contemporáneos, las decisiones son explícitamente justificadas ofreciendo razones que son normas jurídicas y no morales). Si la interpretáramos como teórica, esta respuesta creo que se transformaría en una tautología: dado que, por definición, toda justificación última, en el dominio práctico, se asume que está constituida por una norma moral, entonces también la justificación última de una decisión judicial está constituida por una norma moral (aunque existan justificaciones intermedias que pueden definirse como jurídicas).

Detengámonos por tanto solamente sobre el problema normativo, y preguntémonos qué tipo de norma moral sería la que debería fundar o justificar, en última instancia, una decisión judicial (asumiendo ésta última como caso paradigmático de decisión en el ámbito jurídico).

Veo al menos cuatro soluciones posibles:

- 1) Que se trate de una norma moral objetiva verdadera (en el sentido de que corresponde a “hechos” morales);
- 2) Que se trate de una norma moral objetiva racional (en el sentido de aceptable por parte de un auditorio racional);
- 3) Que se trate de una norma moral subjetivamente escogida;
- 4) Que se trate de una norma moral intersubjetivamente aceptada.

Las primeras dos soluciones son objetivistas, las últimas dos son subjetivistas.

En la primera solución la norma moral es *subject-independent*, en las otras es *subject-dependent*, pero en formas respectivamente diversas. Las primeras dos soluciones hacen referencia a una moral crítica, la tercera a una moral individual, la cuarta a una moral positiva.

Si asumimos el punto de vista del juez, según los defensores de la tesis de la conexión justificativa necesaria entre derecho y moral el juez debería derivar la decisión de la controversia de una norma moral, que fundaría por tanto su decisión. Pero, ¿”moral” en qué sentido?

La primera solución presenta problemas ontológicos (duplicación del mundo) y epistemológicos muy serios. Sobre todo, éstos últimos determinarían que el juez eligiera una norma que *cree* que es moral. Por tanto la primera solución es reducible a la tercera.

La segunda solución no presenta los mismos problemas ontológicos que la primera, pero presenta también serios problemas epistemológicos: no tanto porque no sea posible que el juez encuentre la norma moral que funde su decisión, según las reglas procesales y sustanciales de una teoría moral (aunque existen problemas epistemológicos dentro de cada teoría: no por nada las teorías procedimentales con frecuencia no ofrecen “códigos morales” racionales), sino porque existen varias y divergentes teorías morales, entre las cuales el juez debería elegir. Y por tanto también la segunda opción es reducible a la tercera<sup>26</sup>.

Aceptar la tercera solución equivaldría a proponer dejar completamente en las manos de los jueces el modo de fundar y justificar sus decisiones. El derecho legislativo (y constitucional) se convertiría, para el punto de vista del juez, en superfluo: el paso justificativo que consiste en fundar la decisión en la ley o es inútil (porque la ley es conforme a la norma moral) o bien está prohibido (porque la ley es contraria a la norma moral). La certeza del derecho quedaría confiada solamente a la conciencia moral de cada juez: dado que debería fundar sus decisiones sobre normas morales universales, debería entonces utilizar coherentemente estas normas para fundar sus propias decisiones futuras. Pero la coherencia en el tiempo de las decisiones de cada juez (siempre que se pueda alcanzar: un juez puede reformular su propio sistema moral, si entiende que se ha equivocado en el pasado) no parece suficiente para garantizar la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones o de las soluciones de los conflictos (que, según una opinión muy común, constituyen algunos de los objetivos más relevantes de la organización jurídica).

Pero esta tesis (y la primera y la segunda que a ella son reducibles) podría tener un alcance más limitado. En vez de afirmar que la justificación última de las decisiones judiciales debe estar constituida por una norma moral, podría interpretarse en esta manera más limitada: en todas las ocasiones en las cuales un juez debe justificar la elección entre tesis –interpretativas o de hecho– todas ellas admisibles desde un punto de vista jurídico<sup>27</sup>, debería escoger la opción que esté justificada por

<sup>26</sup> Las críticas que presento a las posiciones objetivistas (y en particular a las racionalistas) no impiden que tales posiciones puedan desarrollar un papel muy útil como críticas externas (*à la* Ferrajoli) de la decisión y de la justificación judiciales.

<sup>27</sup> En otras palabras, en tales ocasiones el fundamento último de la decisión sigue siendo una norma jurídica, y los pasos principales de la justificación judicial continúan haciendo referencia a normas jurídicas.

una norma moral (y no por un principio metodológico, un interés personal, una norma de la moral positiva, un criterio compartido en la cultura jurídica, etcétera), al menos en última instancia.

También con este alcance más limitado<sup>28</sup>, tal posición “moralista” del neoconstitucionalismo conlleva algunos problemas: si las elecciones del juez están justificadas por sus *creencias* morales (y no por un principio metodológico, un interés personal, una norma de la moral positiva, un criterio compartido en la cultura jurídica, etcétera), nada impide que tales creencias sean moralmente incorrectas, o contrarias a los valores morales compartidos por la comunidad, o contrarias a criterios aceptados por la cultura jurídica, etcétera. ¿Cuál sería entonces la razón para empujar a los jueces a justificar de esa manera sus decisiones? Dado que, *ceteris paribus*, la justificación de una decisión judicial basada sobre una norma moral elegida por el juez comporta un grado mayor de indeterminación del derecho respecto a otros tipos de justificación (relativa y no absoluta), no veo entonces razones para atribuir una preferencia generalizada a la justificación “moral” respecto a los otros tipos posibles.

También elegir la cuarta solución (la del juez “sociólogo” de la moral positiva) comporta problemas epistemológicos para el juez, si bien no tan graves como en las soluciones precedentes. Los jueces, de hecho, generalmente no poseen los instrumentos necesarios para precisar cuáles son las normas de la moral de un país. Y si los obstáculos epistemológicos son demasiados serios, entonces también la cuarta solución sería reducible a la tercera.

Pero supongamos que, al menos a veces, los jueces puedan superar los problemas epistemológicos. Quedan, sin embargo, dos tipos de problemas:

- a) el primero es que no exista homogeneidad moral en la sociedad, o sea normas morales compartidas (lo que es habitual en las sociedades contemporáneas);
- b) el segundo es que las normas morales compartidas estén ya incorporadas en reglas o principios jurídicos.

<sup>28</sup> Limitado, pero no demasiado: toda justificación judicial presenta opciones, y por tanto un abanico de decisiones jurídicamente posibles.

En el primer caso, la cuarta solución es reducible a la tercera (el juez debe elegir la norma moral que prefiera). En el segundo caso —que parece hipotizado con frecuencia por los neoconstitucionalistas— la justificación moral es coextensiva a la justificación jurídica, y se convierte en totalmente inútil.

En los casos en los que la justificación basada sobre una norma moral es posible y no inútil, la cuarta solución recomienda al juez que decida y justifique su decisión basándose, en última instancia, en una norma moral positiva. Si bien la adopción de ésta última solución no garantiza de hecho la corrección moral de la justificación judicial (la moral positiva, de hecho, bien podría estar en contraste con la moral crítica, y no nos es posible saberlo), parece sensato realizarla en muchas ocasiones, en las cuales los procedimientos que permiten la “juridificación” de las normas morales compartidas no funcionan, o no funcionan bien (dictaduras, dominio de pequeños grupos, manipulación del consenso, etcétera). Esta solución atribuiría al juez un papel “democrático”, de modo que pueda suplir las carencias de los mecanismos democráticos tradicionales, y “transforme” la moral positiva en derecho.

Pero en situaciones en las cuales los mecanismos democráticos de formación de la ley funcionan más o menos bien, tal solución<sup>29</sup> favorece una particular versión (dirigida a los jueces y no solo al legislador, como proponen por lo demás los defensores del *enforcement of morals*) de la tesis según la cual el derecho debe convertir en vinculante la moral positiva. Desde mi punto de vista moral, que podría en cierto sentido definirse como “liberal”, contra esta tesis valen las bien conocidas objeciones de Hart<sup>30</sup> en el debate con Lord Devlin. Pero para ilustrar estas objeciones se necesitaría obviamente otro ensayo<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Aún si la tomamos en consideración en su alcance más limitado, según el cual se debe recurrir a las normas morales solo para escoger entre opciones jurídicamente admisibles. Existen además casos en los que es la misma ley la que obliga al juez a fundar su decisión en normas, o *standards*, tomados de la moral positiva.

<sup>30</sup> Cfr., sobre todo, H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, Stanford, 1963.

<sup>31</sup> Para un primer examen de la polémica Hart-Devlin, cfr. J. Malem, “La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart” en R. Vázquez (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, 1998, pp. 59-79. Este volumen constituye una excelente introducción crítica al debate contemporáneo sobre las relaciones entre derecho y moral, también en el ámbito del neoconstitucionalismo.