

SOBRE CONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO DE LUIS PRIETO SANCHÍS*

Miguel Carbonell**

Luis Prieto Sanchís es uno de los más destacados filósofos del derecho de la España postconstitucional. Cercano a la escuela de filosofía del derecho de Gregorio Peces-Barba, actualmente es profesor en la Universidad de Castilla-La Mancha. Desde hace años se ha ocupado de problemas de interpretación jurídica¹, conectándolos con las propias dificultades interpretativas que surgen en la aplicación de una Constitución normativa². En el contexto jurídico español que surge después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y sobre todo en el desarrollo de las tareas del Tribunal Constitucional español, las aportaciones de Luis Prieto han sido muy importantes.

Constitucionalismo y positivismo es una revisión del estado actual de una y otra ideología: la de la teoría positivista que cobra auge durante la segunda mitad del siglo XIX, y la propia del Estado constitucional que surge después del colapso de la Segunda Guerra Mundial (y antes en Estados Unidos desde 1787).

La crítica del positivismo ha actuado como “saludable revulsivo de un conocimiento jurídico y de una práctica forense excesivamente formalistas, autosuficientes, anclados en el modelo del Estado liberal decimonónico y, sobre todo, alejados tanto de las demás ciencias sociales como de la filosofía moral”, dice Luis Prieto al final de su libro (p. 93). Si se analiza el estadio actual del conocimiento jurídico mexicano y de la práctica forense nacional³,

* Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Editorial Fontamara. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, número 60, México, 1997. 106 pp.

**Instituto de investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ Su obra fundamental sobre el tema es *Ideología e interpretación*, Madrid, Tecnos, 1987.

² Por ejemplo en su brillante trabajo “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 9, Madrid, 1991; más sobre el tema en Alonso García, Ricardo, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984 y, Rubio Llorente, Francisco, “Problemas de la interpretación constitucional”, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, números 3-4, Albacete, 1988, entre otros.

³ Vid. las observaciones de Cossío, José R. y Raigosa, Luis, “Régimen político e interpretación constitucional en México”, *Isonomía* número 5, México, octubre de 1996, pp. 41 y ss., referidas solamente al derecho constitucional; más en general puede verse VV.AA., *A la puerta de la ley. El Estado de derecho en México* (edic. de Héctor Fix Fierro), México, 1994.

parece obvio que ese revulsivo no se ha producido en México. Por eso es tan necesario como urgente leer el libro de Prieto.

El autor comienza haciendo un repaso de los postulados fundamentales tanto del positivismo como del constitucionalismo. Del primero dice que “viene a coincidir con un modelo de organización jurídica y política bastante preciso, que es el modelo postrevolucionario del Estado de derecho basado en un concepto fuerte de soberanía, en la separación de poderes, en la codificación y el imperio de la ley, en la figura del juez ‘automata’, etc.” (p. 8).

Para Prieto existen tres vertientes de lo que genéricamente se conoce como, “positivismo”: el ideológico, el teórico y el metodológico. A cada uno de ellos y a su correspondiente modificación por el constitucionalismo dedica Prieto un capítulo del libro.

Por su parte, el constitucionalismo conlleva una “noción superadora del Estado de derecho legislativo, es decir, como contrapunto al modelo del liberalismo decimonónico, y quizás su rasgo más sobresaliente reside en la existencia de un procedimiento efectivo de la constitucionalidad de las leyes” (p. 15). Los ejemplos más notables de este constitucionalismo se encuentran en la Constitución de los Estados Unidos de 1787 y en las constituciones europeas de la segunda posguerra, entre las cuales destacan, a la vista de su dogmática y de la construcción jurisprudencial de sus respectivos tribunales constitucionales, la Constitución alemana de 1949, la italiana de 1947 y, más recientemente, la española de 1978.

Los rasgos fundamentales del Estado constitucional contemporáneo según Luis Prieto, y aquí se encuentran varias de las ideas más sugerentes y bien escritas de todo el libro, son los siguientes, de forma sintética: valor en vez de norma, ponderación en vez de subsunción, omnipresencia de la Constitución en vez de independencia del derecho ordinario y, finalmente, omnipotencia judicial apoyada en la Constitución en lugar de autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución. Los anteriores rasgos se proyectan en tres aspectos, fundamentalmente: en el tema de las fuentes del derecho, en el problema de la interpretación y en la existencia de una ciencia jurídica comprometida, “que pone en cuestión la separación entre derecho y moral”⁷⁴ (p. 16).

⁷⁴ Sobre esa separación y sus problemas ver el libro de Francisco Laporta, *Entre el derecho y la moral*, México, 1993, publicado dentro de la misma Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política en que ve la luz el libro de Prieto Sanchís.

Estos tres aspectos, me parece, son fundamentales para la doctrina constitucional mexicana si se quiere que la Constitución camine de la mano con el cambio político que se está produciendo en el país. Veamos.

1. *Respecto de las fuentes del derecho*: mientras en el Estado decimonónico la ley era la norma suprema porque la Constitución no era concebida como una verdadera norma jurídica (entre otras cosas porque no existía una jurisdicción constitucional que ejerciera el control de constitucionalidad de los actos del poder público), en el Estado constitucional ya se habla de la “muerte de la ley”.

Si esa muerte quizá puede ser una exageración, lo cierto es que en el constitucionalismo de la segunda posguerra, creador de las constituciones normativas en sentido moderno –con la notable excepción de la Constitución norteamericana que es anterior, como se sabe–, la ley ha sufrido una *capitis diminutio* notable, dejando de ser la norma suprema del sistema para empezar a ser la norma “central”, la expresión ordinaria de la creación normativa del Estado.

La “resustancialización” o “rematerialización” de la Constitución que se ha llevado a cabo sobre todo por la interpretación muchas veces comprometida y progresista de los tribunales constitucionales –fundamentalmente en Europa– ha supuesto diques formales y sustanciales a la actividad legislativa. Al consagrar constitucionalmente fórmulas de “justicia”, “igualdad” (como por ejemplo en los artículos 1.1. y 14 de la Constitución española) o dignidad del hombre (artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn), se incorporan parámetros hasta hace poco inéditos para el control de constitucionalidad de las leyes. Esa misma incorporación ha provocado la separación entre ley, derechos (fundamentales) y justicia⁵, de modo que la primera ya no se identifica necesariamente con la tutela de los derechos ni, mucho menos, con la justicia, pues ambos quedan confiados a la Constitución y a su interprete último (el tribunal constitucional).

Pero no se trata solamente de que la Constitución haya venido a sustituir a la ley, sino que al afirmarse como norma suprema y efectivamente aplicable, la Constitución ha venido a recomponer por completo el sistema de las fuentes del derecho. Su normatividad impregna todo el sistema; desde la ley hasta la

⁵ La separación entre ley, derechos y justicia ha sido magistralmente explicada por Zagrebelsky, Gustavo, “I diritto fondamentali oggi”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, junio de 1992, pp. 187-204; *idem*, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón A., Madrid, 1995; del mismo autor, sobre el papel de la ley en el Estado social, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti*, Turín, 1993 (reimpr.).

última ordenanza municipal ninguna norma del sistema puede sentirse ajena a los mandatos constitucionales⁶.

En México, por la falta de mecanismos adecuados de control o por la misma dinámica del sistema político⁷, la Constitución todavía no es verdaderamente una norma jurídica. Y no lo es, de forma destacada, frente al resto de normas subconstitucionales, incluyendo por supuesto a la ley.

2. *Respecto de la interpretación jurídica*: si el positivismo postulaba la tesis de la subsunción, según la cual toda solución jurídica es directamente deducible de las premisas que ofrecen los hechos, por una parte, y de la norma jurídica aplicable, por la otra, el constitucionalismo cambia esa forma de interpretación por la de la ponderación.

En efecto, los textos constitucionales más modernos están llenos de principios, no de reglas⁸; ante la presencia de principios constitucionales que entran en conflicto, la subsunción se rebela como un método interpretativo absolutamente superado, y lo que se exige es la ponderación y la razonabilidad, en la que ninguna de las normas en conflicto pierde su validez, sino que a la luz del caso concreto, el juez constitucional pondera los bienes en tensión y trata de potenciar o maximizar hasta donde sea *razonable* ambos, procurando nunca sacrificar totalmente uno de ellos (excepto, claro está, en casos límite)⁹.

⁶ De lo anterior deriva, como señala Luis Prieto en *Constitucionalismo y positivismo*, lo siguiente: “la pluralidad de fuentes representa no sólo un golpe mortal para el legalismo estatalista, sino que obliga también a replantearse en otros términos la idea de unidad del ordenamiento, unidad que ya no puede lograrse a través de un sistema jerarquizado y escalonado, sino que precisamente intenta reconstruirse a partir de la Constitución como expresión de un marco de consenso y unidad, ya no formal, sino material o sustantivo y, sobre todo, procedimental, donde han de coexistir distintas concepciones de la justicia”, p. 37.

⁷ Sobre ambas cosas, aunque de forma superficial, Carbonell, Miguel, “La nueva acción de inconstitucionalidad en México: régimen actual y posibles perspectivas de cambio”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia., 11 época, números 14-15, Valencia, España, invierno/primavera de 1996, pp. 173-190; *idem*, “Constitución y realidad política: notas sobre el caso de México”, *Propuesta. Publicación semestral de la Fundación Rafael Preciado Hernández*, año 2, número 4, México, febrero de 1997, pp. 143-169.

⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón V., Madrid, 1997 (reimpr.), cap. III.

⁹ Sobre la razonabilidad, Carrasco Perera, A., “El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional”, *Revista española de Derecho Constitucional*, número 11, Madrid, 1984. Sobre los principios y la forma en que se aplican Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit.; *id.*, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, 1997 (reimpr.); *id.*, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge Malem Seña, Barcelona, 1994; *id.*, *Derecho y razón práctica*, trad. de varios, México, 1993. La teorización clásica sobre los principios se debe, como se sabe, a Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. de Marta

La razonabilidad, dice Luis Prieto, “podría ser el lema de la justicia constitucional tanto en su tarea de control de la ley como de protección de los derechos fundamentales” (p. 38). Pensemos por ejemplo en el principio de igualdad, en el cual “no puede haber subsunción porque no existe propiamente una premisa mayor constitucional” (*idem*, p. 39). Otro ejemplo notable de la necesidad de ponderación lo constituyen la libertad de expresión y el derecho al honor; cuando se da un conflicto entre los respectivos bienes tutelados, no solamente no puede imponerse definitivamente ninguno de ellos, sino que el juez está obligado a preservar ambos hasta donde sea posible¹⁰: en este contexto, señala Prieto, “se hace del razonamiento una exigencia constitucional y, por ello, cabe decir que los valores, principios y derechos fundamentales contribuyen a hacer más difíciles los casos fáciles, esto es, obligan a un planteamiento siempre más problemático de las soluciones sencillas basadas en la subsunción. En otras palabras, el modelo paleopositivista de interpretación se muestra incapaz de dar cuenta del tipo de interpretación requerido por el constitucionalismo” (p. 41).

Otra modificación al paradigma interpretativo positivista hecha por el constitucionalismo consiste en la nueva consideración “política” de la labor del juez, sobre todo del juez constitucional. Mientras para el positivismo, como consecuencia obvia de la tesis de la subsunción, el juez no hacía más que aplicar automáticamente la ley, hoy se acepta que “las decisiones judiciales tienen siempre un componente valorativo” (Prieto, p. 38).

El juez pasa a integrarse dentro de la lucha política por varios motivos, en primer lugar, por el ya mencionado “componente valorativo” de su actividad, luego porque conoce de controversias políticas¹¹ (por ejemplo disputas entre las mayorías y las minorías parlamentarias¹²) y, finalmente, porque si el

Guastavino, Barcelona, 1984. El propio Prieto Sanchis se ha ocupado del tema en su libro sobre *Principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, 1992.

¹⁰ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 160 y ss.; el Tribunal Constitucional español impone “una exigencia de razonamiento complejo que huya de la mera subsunción; no se trata de imponer el triunfo de la libertad de expresión o del derecho al honor, sino sólo de mostrar y justificar el camino argumentativo que conduce a una u otra solución”: Prieto, *Constitucionalismo y positivismo*, p. 41.

¹¹ Cfr. Vallinder, Torbjörn, “The judicialization of politics. A world wide phenomenon: introduction”, *International Political Science Review*, vol. 15, núm. 2 (monográfico sobre el tema), Oxford, abril de 1994, pp. 91-99. Vid. también, aunque con enfoque distinto, Fernández Segado, Francisco, “La judicialización del derecho constitucional”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 31, Valencia, 1993, pp. 43-52.

¹² Para el caso de México ver el comentario de José R. Cossío al artículo 105 constitucional en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 9a. edic., tomo II, México, 1997, pp. 1048 y ss.

constitucionalismo es una ideología basada en ciertos valores, el juez que decida de forma *constitucionalmente adecuada* toma parte dentro de la lucha por la preservación y extensión de esos valores; se trata de un juez “comprometido”, no de un neutro decisor jurídico.

Ahora bien, ¿cómo estamos en México en materia de interpretación jurídica? Me parece que seguimos anclados, firmemente anclados, en los supuestos del positivismo. No se trata solamente de que la doctrina prácticamente no ha recogido los señalamientos más avanzados del constitucionalismo (Ronald Dworkin, Robert Alexy, Konrad Hesse, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, etc.), sino que en la práctica judicial la “resustancialización” de la Constitución sencillamente no se ha producido. Probablemente haya contribuido a ello el hecho de que la Carta de Querétaro no sea precisamente un modelo de congruencia y técnica legislativa, por una parte, y sí sea más bien un terreno sumamente variable y poco cohesionado debido a sus continuas reformas¹³.

3. *Sobre la relación entre derecho y moral y la neutralidad de la ciencia jurídica*: el tema de la relación entre derecho y moral es un tema clave para la filosofía jurídica de la segunda mitad del siglo XX. Como sostiene Francisco Laporta, “Todo aquél que se aventura por los vericuetos de la filosofía del derecho se topa antes o después con el tema de las relaciones entre derecho y moral. Parece ser una aduana ineludible, un precio que hay que pagar por el viaje¹⁴”. Aduana que, sin embargo, en México todavía no se ha cruzado del todo, y desde luego, no se ha cruzado en lo más mínimo por lo que hace a sus implicaciones para el derecho constitucional.

Luis Prieto, para explicar la forma en que el jurista debe concebir la relación-separación entre derecho y moral, acude a dos formas de aproximarse al fenómeno jurídico: un punto de vista interno (el del juez y, en general, de casi todos los operadores jurídicos) y uno externo (que corresponde, fundamentalmente, al antropólogo y al teórico del derecho).

Para nuestro autor la posición más consecuente del jurista que necesita el constitucionalismo es la de un punto de vista moderadamente interno (o moderadamente externo, según como se vea)¹⁵, es decir, el jurista del Estado constitucional debe reconocer los contenidos morales que recogen los textos constitucionales más modernos y que supone –junto con su origen contrac-

¹³ El estudio más amplio que se ha publicado en México sobre las reformas a la Constitución de 1917 sigue siendo el de Diego Valadés, *La Constitución reformada*, México, 1987; *vid.*, también, Carbonell, “Constitución y realidad política...”, *cit.*, pp. 145-146.

¹⁴ *Entre el derecho y la moral*, *cit.*, p. 7.

¹⁵ *Constitucionalismo y positivismo*, p. 63.

tualista— una obligación moral de obediencia, al menos una obligación *prima facie*¹⁶.

Ahora bien, ni la carga y los contenidos morales ni el origen contractualista debe hacer que el jurista margine la visión y la perspectiva que ofrece la moral crítica, la cual permite enjuiciar el ordenamiento jurídico-constitucional a través de una doble vía: en primer lugar, desde aquélla que examina y critica las incongruencias y defectos del propio “texto” constitucional; en segundo lugar desde la que denuncia la separación notable entre las previsiones constitucionales y la realidad del proceso político-institucional¹⁷.

En resumen, el jurista debe valorar y acatar las disposiciones constitucionales en tanto existe una obligación moral *prima facie* que justifica su imperio. Sin embargo, no debe perder su papel de instancia crítica (sobre todo si se trata de un jurista teórico) frente al texto y frente a la realidad constitucional.

Como consecuencia de la toma de postura anterior, se entiende perfectamente que el saber jurídico —teórico y práctico— no puede ni debe ser neutral. Si se obedece y se aplica un texto constitucional se está tomando parte a favor de una cierta moral —normalmente de una moral socialmente aceptada, si de un Estado democrático se trata—; si se lleva a cabo la crítica de ese saber y del material jurídico en general, también se está tomando una posición moral: la de la moral crítica que enjuicia el estadio actual de un ordenamiento jurídico concreto y postula cambios, ya sea en su texto, ya sea en su puesta en práctica.

En México, el debate sobre la moralidad de la Constitución todavía no se ha producido en los términos que precisa un tema de tanta entidad. La mayoría de los juristas ha adoptado un punto de vista interno, si se considera que las obras laudatorias de la Constitución (aun a pesar de todos los defectos, inocultables, del texto y, lo que todavía es peor, de lo patética e insatisfactoria que resulta la realidad constitucional mexicana) han sido más —cuantitativa y cualitativamente— que aquéllas que han emprendido una crítica a la misma.

¹⁶ Sobre el tema de la obligación “moral” de obedecer el derecho debe verse la obra de Eusebio Fernández, *La obediencia del derecho*, Madrid, 1987.

¹⁷ Un buen ejemplo de esto último lo constituye el trabajo de Luigi Ferrajoli, “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad” en Andrés Ibáñez, perfecto (editor), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, 1996 (un comentario a ese libro, hecho por quien esto escribe, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, números 211-212, México, enero-abril de 1997, pp. 195 y ss.). Otro modelo notable del empleo de la moral crítica respecto al derecho constitucional puede encontrarse en De Cabo, Carlos, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, México, 1997.

En fin, en el libro de Luis Prieto se encuentran muchas más ideas que seguramente ameritan una reflexión más amplia y detenida de la que se puede ofrecer en estas breves líneas. Se trata de un trabajo brillante, como todos los del autor, que en mucho puede ayudar al proceso de transformación del constitucionalismo mexicano. Si la “reforma del Estado” no implica más que cambios en materia electoral –como hasta ahora–, la democracia en México nunca arraigará. No hay democracia sin Estado de derecho y hoy el Estado de derecho es sobre todo Estado *constitucional*, pero construido con base en un constitucionalismo postpositivista que supera el modelo decimonónico, el cual, lamentablemente, es el que todavía se aplica y se piensa en México.