

NEOCONSTITUCIONALISMO NEGATIVO Y NEOCONSTITUCIONALISMO POSITIVO

NEGATIVE AND POSITIVE NEO-CONSTITUTIONALISM

*Giovanni Battista Ratti**

Resumen: La expresión “neoconstitucionalismo” es sumamente ambigua: la cultura contemporánea la usa para denotar cosas tan heterogéneas como una forma de estado, una política de activismo judicial, una reconstrucción teórica de los sistemas jurídicos contemporáneos, una metodología jurídica y una adhesión ideológica al

* Profesor de Filosofía del Derecho, Instituto Tarello para la Filosofía del Derecho, Departamento de Derecho, Universidad de Génova (Italia), gbratti@unige.it

Versiones previas de este trabajo fueron presentadas en la “Primera jornada internacional de derecho”, Facultad de Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito (Ecuador), 24-II-2015, en un seminario organizado por el centro COEUS en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil (Ecuador), 27-II-2015, y en el Seminario de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho “Luis Villar Borda” en la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá (Colombia), 3-III-2015. Quisiera agradecer a los organizadores de estos seminarios — respectivamente, Santiago Guarderas Izquierdo y Guillermo Enríquez Burbano, en Quito, Jorge Baquerizo Minuche y Marco Elizalde, en Guayaquil, y Diego Moreno Cruz, en Bogotá— por haberme invitado a discutir mis ideas en entornos tan amistosos y estimulantes y por las muy útiles observaciones que hicieron a mi paper. Pierluigi Chiassoni, Riccardo Guastini, Mauricio Maldonado Muñoz y Álvaro Núñez Vaquero tuvieron la amabilidad de leer y comentar unos borradores del presente artículo, permitiéndome corregir errores y afinar mis argumentos. Del mismo modo, quisiera agradecer un revisor anónimo de esta revista por sus útiles observaciones críticas. Finalmente, un agradecimiento especial merece Alessio Sardo, por su útil lectura del texto y sus copiosas sugerencias bibliográficas.

derecho. Este trabajo se centra en los aspectos de política jurisprudencial, de teoría del derecho y de metodología jurídica, enfatizando dos posibles perspectivas del neoconstitucionalismo: una negativa que delinea dicha multifacética concepción del derecho como un conjunto de oposiciones a las tesis defendidas por las concepciones dominantes, y otra positiva que pretende haber identificado una serie de “nuevos descubrimientos” en los sistemas jurídicos contemporáneos. En esta versión positiva se examinan ocho tesis: (1) el derecho de los estados constitucionales es una combinación de reglas y principios, (2) reglas y principios son aptos para constituir un conjunto sistemático de normas, (3) las constituciones contemporáneas incorporan valores morales, de manera que habrían creado una conexión relevante entre derecho y moral, (4) tal incorporación implica un deber de interpretar las disposiciones constitucionales mediante una lectura moral, (5) toda norma jurídica es derrotable, (6) algunos estándares jurídicos requieren de un razonamiento ponderativo o de balance, opuesto al tradicional razonamiento subsutivo, (7) interpretando holísticamente las disposiciones jurídicas, los jueces pueden llegar a decidir cualquier controversia, y, (8) las normas jurídicas no pueden tener cualquier contenido, porque su contenido es determinado en última instancia por juicios morales. El trabajo termina ilustrando aciertos y equivocaciones de cada versión del neoconstitucionalismo.

Palabras clave: Neoconstitucionalismo, concepciones del derecho, metodología jurídica, teoría del derecho, activismo judicial

Abstract: The term “neoconstitutionalism” is quite ambiguous: contemporary culture uses it to denote such as heterogeneous things as a form of state, a policy of judicial activism, a theoretical account of contemporary legal systems, a kind of legal methodology, and ideological adherence to the law. This paper focuses on the aspects related to judicial policy, legal theory and legal methodology, by emphasizing two possible perspectives. The first one called negative, that delineates such a prismatic conception of law as a set of oppositions to the theses defended by predominant legal theories. The second one is dubbed positive, since it claims to having identified a whole series of “new discoveries” about contemporary legal systems. The positive version is characterized by eight points: (1) the law of constitutional state is a combination of rules

and principles, (2) rules and principles are liable to bring about a systematic set of norms, (3) contemporary constitutions incorporate moral values, so that they have created a relevant connection between law and morality, (4) the incorporation of moral values in the constitution means that the interpreters must construe the constitutional provisions by a moral reading, (5) any legal norm is defeasable, (6) some legal standards require balancing, as opposed to traditional substantive reasoning, (7) by holistically interpreting legal provisions, judges can decide any dispute whatsoever, (8) legal norms cannot have any content, since their content is eventually determined by moral judgments. The paper winds up illustrating some of the achievements and the shortcomings of each kind of neoconstitucionalismo.

Key words: *Neoconstitucionalismo, Conceptions of Law, Legal Methodology, Legal Theory, Judicial Activism*

Sumario. I. “Neoconstitucionalismo”: un inventario de conceptos. II. El neoconstitucionalismo negativo. II.1. El neoconstitucionalismo como negación del positivismo. a) Política judicial. b) Teoría del derecho. c) Metodología jurídica. II.2. Neoconstitucionalismo e iusnaturalismo confrontados. a) Política judicial. b) Teoría del derecho. c) Metodología jurídica. III. El neoconstitucionalismo positivo en ocho tesis. IV. Aciertos y equivocaciones de las diversas formas del neoconstitucionalismo. V. Observaciones conclusivas. Referencias.

I. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: UN INVENTARIO DE CONCEPTOS

El término “neoconstitucionalismo”, desde su acuñación hace algunos años en los locales del Instituto del cual me honoro de formar parte, ha tenido un éxito enorme, sobre todo en el mundo de habla hispana¹. En particular en América Latina, hay pocas dudas de que la mayoría de los juristas, de los jueces e incluso de los

¹ Sobre el nacimiento y el éxito de la expresión “neoconstitucionalismo”, véase Pozzolo, 2008. Véanse también Pozzolo, 2015 y Barberis, 2015.

legisladores (y en particular de los legisladores constitucionales) se conciban a sí mismos como defensores del neoconstitucionalismo².

Sin embargo, al éxito que ha conocido la expresión no corresponde una igual claridad acerca de lo que quiere decirse al usarla, de forma que cuando un jurista afirma ser partidario del neoconstitucionalismo, sin mayores especificaciones, nos proporciona una información algo borrosa, que necesita ser aclarada.

Nuestra primera tarea, entonces, consistirá en reseñar los principales conceptos que se conectan usualmente con la expresión bajo examen.

Dicha expresión es usada generalmente para denotar, por los menos, los siguientes “objetos”³: una forma de estado, una política de activismo judicial, una reconstrucción teórica de los sistemas jurídicos contemporáneos, una metodología jurídica y una forma de adhesión ideológica al derecho. Veamos.

En relación con la *forma del estado*, el término “neoconstitucionalismo” es usado para designar el Estado constitucional de Derecho, caracterizado generalmente por un documento constitucional rico en derechos y principios fundamentales, un régimen de constitución rígida (i.e. no modificable por medio de la ley ordinaria) y la presencia del *judicial review*, en el sentido de que se prevé la invalidación de la ley incompatible con los principios constitucionales por parte de algún órgano judicial competente para hacerlo.

Esta forma de estado requeriría o, más cautelosamente, se acompañaría a una cierta forma de política judicial conocida como activismo. Dicha *política de activismo* se alimentaría, por un lado, por una lectura “hipertrófica” de las disposiciones constitucionales,

² Observa Pozzolo (2011a, pág. 9): «por la persistente sensación de fragilidad de los derechos, en [los] países [latinoamericanos] el discurso neoconstitucionalista es y ha sido más fuerte».

³ Aquí sigo, con algunas modificaciones, a Comanducci, 2010, págs. 251-264 y Pino, 2011, págs. 201-206.

de forma que no quede ningún espacio normativo vacío de derecho constitucional y, por consiguiente, toda disposición de ley se encuentre en el alcance del juicio de conformidad constitucional ejercido por los órganos competentes. Por otro lado, se caracterizaría por la práctica judicial de aplicar directamente los principios constitucionales a casos judiciales particulares, sin que sea necesario (u oportuno) que intervenga alguna intermediación legislativa.

Obsérvese que no hay ninguna conexión conceptual entre ambas dimensiones del neoconstitucionalismo que acabamos de reseñar, aunque ellas sean comúnmente presentadas de forma conjunta. Un estado constitucional de derecho no tiene por qué imprescindiblemente requerir el activismo judicial en el sentido antes especificado, ya que no necesariamente todas las decisiones legislativas deben ser predeterminadas por la constitución en dicha forma de estado ni los principios constitucionales deben ser aplicados judicialmente sin intermediación legislativa.

En tanto *reconstrucción teórica*, el neoconstitucionalismo intenta describir «los logros de la constitucionalización» (Comanducci, 2010, pág. 253), esto es los efectos estructurales que ha tenido en los sistemas jurídicos contemporáneos el hecho de que las constituciones hayan sido leídas por los juristas como documentos “dotados de fuerza expansiva” que afectan el entero orden jurídico, organizando no solo el poder estatal sino la vida social en todos sus aspectos jurídicamente relevantes. De ahí el énfasis sobre algunos hechos supuestamente característicos de los órdenes constitucionalizados: la positivización de catálogos de derechos fundamentales, la presencia de principios abiertamente “morales” en las constituciones, técnicas peculiares de interpretación y aplicación de las normas constitucionales.

Este “cambio histórico” relativo a los hechos relativos a los ordenamientos jurídicos descritos por la teoría necesitaría, según algunos autores, también un cambio en el método. De ahí que el neoconstitucionalismo haya sido concebido también como una

específica *metodología jurídica* que recomienda deshacerse de la distinción entre descripción y valoración (sobre la base de la conexión entre derecho y moral que sería posible captar a nivel de los principios constitucionales) y sugiere a la ciencia jurídica ser abiertamente normativa y valorativa (en lugar de descriptiva y a-valorativa), denunciando los incumplimientos de los legisladores y de los jueces en dar pleno desarrollos a los valores constitucionales⁴.

Por último, cabe señalar que la expresión “neoconstitucionalismo” también designa una *forma de adhesión ideológica al derecho*, según la cual se debe obedecer al derecho, en la medida en que los documentos constitucionales hagan propios o se conformen a los valores de una presunta moral crítica.

Por razones de economía expositiva e interés teórico, aquí me detendré únicamente en los aspectos de política jurisprudencial, de teoría del derecho y de metodología jurídica, enfatizando una doble manera en la que se puede abordar el neoconstitucionalismo: como una concepción negativa o básica, construida en oposición a otras, o como una concepción positiva o ambiciosa, que pretende haber identificado “aspectos inéditos” de los sistemas jurídicos contemporáneos, que necesitarían un “cambio de paradigma” tanto al nivel teórico como al nivel metodológico.

II. EL NEOCONSTITUCIONALISMO NEGATIVO

En la modernidad, la historia de las ideas y de las concepciones en ámbito jurídico a menudo ha procedido paradigmáticamente por “vía negativa”: esto es, mediante la negación de las tesis hasta el momento dominantes. Después del giro analítico en filosofía general, y en filosofía del derecho, esta estrategia se ha impuesto como estrategia global, considerándose

⁴ Sobre principios y valores, cfr. al menos Alexy, 2012, págs. 162 y ss. y Zagrebelsky, 2002.

como carente de significación toda tesis no susceptible de ser negada⁵.

Toda visión del derecho, en consecuencia, para ser admitida en el “panteón” de las concepciones jurídicas tiene que pasar un test básico, según el cual debe poderse caracterizar como un conjunto de negaciones de tesis sostenidas por otras maneras de enfocar el derecho. Esto es lo que pasó, de manera realmente paradigmática, con el “neoconstitucionalismo”, cuya versión primigenia fue articulada, por teóricos positivistas en sede de metateoría descriptiva, como un conjunto de conceptos y tesis que se oponían a las nociones y las tesis articuladas y defendidas por el positivismo.

Por otro lado, los autores pertenecientes a la corriente neoconstitucionalista casi siempre se han concebido a sí mismos como partidarios de una *third theory of law*⁶, distintas tanto del positivismo como del iusnaturalismo clásico.

Cabe hablar, pues, de un “neoconstitucionalismo negativo o básico”⁷, que se caracteriza por oposición a las grandes concepciones tradicionales del derecho: el positivismo jurídico y el iusnaturalismo. En su versión negativa, el neoconstitucionalismo se perfila, en otros términos, como una serie de tesis en conflicto con otras tesis asentadas acerca de la naturaleza y la estructura del derecho, su aplicación por parte de los jueces y su estudio por parte de los juristas.

Obsérvese que ya el positivismo jurídico había sido, a su vez, caracterizado como un conjunto de tesis que se oponían a las tesis defendidas por las diversas formas del iusnaturalismo⁸, de manera que, aplicando la ley lógica de la “doble negación” (según la cual negando dos veces una cierta proposición se acaba afirmándola) uno podría pensar que, negando las negaciones de las tesis

⁵ Véase al respecto Narváez, 2010.

⁶ Barberis, 2011.

⁷ Pino, 1998, págs. 205-206 habla sugerentemente de “definición en negativo”.

⁸ Bobbio, 1965.

originarias, se pueda llegar otra vez a las tesis originarias (esto es, en nuestro caso, al iusnaturalismo).

En cierto sentido esto es así, aunque esta afirmación requiera algunas puntuales especificaciones. Como ya observó Bobbio (1965, pág. 141), el iusnaturalismo clásico nunca desarrolló tesis teóricas completas acerca de muchos aspectos relativos a la estructura y al funcionamiento de los sistemas jurídicos positivos. El neoconstitucionalismo, partiendo de la misma asunción del iusnaturalismo de que existe algo como el derecho natural, no hace otra cosa que desarrollar estas tesis teóricas (o, dicho de otra manera, integrar las lagunas teóricas del iusnaturalismo) en relación con los estados constitucionales de derecho.

Tan es así que, como veremos, mientras que la primera oposición entre neoconstitucionalismo y positivismo jurídico es muy tajante, aunque a veces esté basada en parejas oposicionales equivocadas o engañosas, la segunda (presunta) oposición entre iusnaturalismo y neoconstitucionalismo que se encuentra en la literatura es mucho más borrosa y no se deja captar fácilmente a nivel teórico-conceptual (aunque quizá pueda serlo fácilmente a nivel de evolución histórica y de forma de estado). Como veremos, se puede sostener que el neoconstitucionalismo es solo una versión moderna (y relativamente sofisticada) del iusnaturalismo.

II.1. El neoconstitucionalismo como negación del positivismo

Según se entienda el positivismo jurídico como una forma de política judicial, una teoría del derecho o un conjunto de tesis metodológicas, la oposición entre positivismo y neoconstitucionalismo se perfila de distintas maneras.

a) Política judicial

El positivismo jurídico a veces ha sido concebido como una manera de apoyar una cierta práctica judicial de corte formalista, según la cual *toda* decisión judicial se encuentra totalmente

predeterminada por las normas legisladas, de forma que *debe* reducirse a una combinación de “compresión” de las palabras que las componen y su aplicación deductiva al caso concreto. Esta manera de ver presupone que el derecho sea un conjunto completo y coherente de prescripciones redactadas de forma clara e inequívocable⁹.

Como es sabido, esta forma de concebir la decisión judicial ha sido atacada enfáticamente por diversos movimientos, como las diferentes escuelas del realismo jurídico, la jurisprudencia de los intereses, el movimiento del derecho libre, etc.¹⁰ El propio positivismo jurídico, en sus diferentes variantes metodológicas¹¹, ha sido fundamental en socavar esta ingenua representación de la decisión judicial.

En la discusión contemporánea, la “grande división” en el ámbito de las ideologías de la función jurisdiccional es entre aquellos autores que defienden una idea “formalista” de la interpretación constitucional y aquellos que abogan a favor de una lectura holista y expansiva de las disposiciones constitucionales¹². Quienes defienden la primera concepción sostienen que el juez debe ceñirse al significado literal (acompañado, si es el caso, por el significado conforme a la intención del “legislador histórico”) de todas las disposiciones jurídicas, evitando —en la medida de lo posible— usar otras técnicas interpretativas, en particular aquellas técnicas que conllevan una “sobreinterpretación” de las disposiciones constitucionales, esto es una interpretación integradora de la constitución que no deje lagunas al nivel de la norma fundamental del estado. Esta visión implica que el juez no

⁹ Cfr. Alchourrón, 2000, págs. 13-16.

¹⁰ Cfr. al menos Canale, 2013, págs. 323 y ss.

¹¹ Un texto paradigmático en este sentido es el magistral Alchourrón & Bulygin, 1975.

¹² Entre los formalistas cabe señalar, como ejemplos paradigmáticos actuales, por lo menos Scalia, 1997 y Laporta, 2007. Entre los que defienden una lectura expansiva, cabe mencionar al menos Waluchow, 2007 y Müller, 2000.

tiene entre sus poderes el de crear derechos subjetivos de rango constitucional.

El neoconstitucionalismo se opone a dicha visión de la función jurisdiccional y requiere que los jueces (en su conjunto e individualmente) rehúsen la lectura literal de las disposiciones constitucionales, realicen una sobreinterpretación de las mismas, muchas veces a través de su “lectura moral”, integren de esta manera las lagunas del nivel constitucional, reconociendo nuevos derechos subjetivos y dando plena actuación a los que ya son contemplados. Además, se rechaza la lectura literal de las disposiciones de ley, en la medida en que dé lugar a resultados no conformes con las normas constitucionales. Esta doctrina “intervencionista” ha sido llevada hasta el extremo de recomendar la creación de jerarquías axiológicas¹³ tendencialmente fijas entre diferentes tipos de principios constitucionales, distinguiendo entre principios constitucionales supremos y otros principios constitucionales, con la consecuencia de que algunos tribunales constitucionales se han tomado el poder de juzgar la constitucionalidad incluso de algunas normas de revisión constitucional, consideradas en violación de los principios supremos.

b) Teoría del derecho

La oposición teórico-jurídica entre positivismo y neoconstitucionalismo ha sido caracterizada fundamentalmente de dos maneras distintas.

La primera manera de distinguir entre teoría del derecho positivista clásica y la teoría neoconstitucionalista consiste en subrayar que muchas de las tesis defendidas por el positivismo

¹³ Esto es, jerarquías no basadas en el rango de las fuentes de las que promanan las normas, sino basadas en juicios de valor. Cabe observar que, mientras que en la ponderación la jerarquía axiológica creada por el intérprete es esencialmente móvil, en la “ordenación” de los principios constitucionales, dicha jerarquía es tendencialmente fija.

teórico —como el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo— ya no reflejan la realidad de muchos de los sistemas jurídicos contemporáneos (en particular, de aquellos “constitucionalizados”)¹⁴. El estado ya no es el único productor de derecho, así como la ley ya no es la fuente principal en nuestros ordenamientos jurídicos. De la misma manera, el jurista, en el ámbito de la cultura jurídica actual, no podría ni siquiera intentar ser un formalista interpretativo (esto es, limitarse a la aplicación deductiva de las normas), ya que su principal tarea consistiría en ponderar principios jurídicos (y no ya subsumir casos concretos en reglas taxativas).

La segunda estrategia consiste en identificar toda una serie de oposiciones concernientes a la teoría de las normas y del razonamiento judicial¹⁵. En particular, el neoconstitucionalismo niega enfáticamente que todas las normas jurídicas sean normas que se apliquen de manera taxativa, “todo-o-nada” (esto es, no admitiendo excepciones implícitas): esta tesis ha sido presentada muy frecuentemente bajo el rótulo de la distinción entre “reglas” y “principios”. Por otro lado, se sostiene que muchas normas, en lugar de ser elementos de razonamientos subsuntivos, son elementos de razonamientos ponderativos. Como veremos más adelante, este tipo de oposiciones se basa en graves malentendidos acerca de las tesis defendidas por el iuspositivismo y de los conceptos necesarios para describir el funcionamiento de los órdenes jurídicos contemporáneos.

c) Metodología jurídica

También la oposición metodológica entre positivismo y neoconstitucionalismo ha sido caracterizada de dos maneras distintas.

¹⁴ Comanducci, 2010, págs. 253-254.

¹⁵ Esta es la estrategia propuesta por Barberis, 2011 y 2015.

La primera manera de caracterizar dicha oposición es con referencia a la tesis positivista de la separación entre derecho y moral, que es negada rotundamente por los neoconstitucionalistas. En este respecto, no parece haber distinción alguna entre iusnaturalismo y neoconstitucionalismo, ya que la tesis de la separación y la tesis de la conexión son mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas¹⁶. Es cierto que, en ocasiones, algunos autores sostienen, con un giro algo “paradójico”, que dicha conexión sería necesaria solo bajo ciertas condiciones y en ciertos tipos de estado¹⁷, pero es muy fácil rebatir que cuando una relación es caracterizada como “necesaria” dependiendo de la ocurrencia de determinados ámbitos particulares es, en realidad, contingente, ya que es un hecho totalmente accidental que el entorno reúna aquellas condiciones que permiten detectar dicha relación.

Otra forma de oponer el neoconstitucionalismo al positivismo en el plano metodológico ha consistido en atacar la tesis positivista de la avaloratividad de la ciencia jurídica (que es otra forma de

¹⁶ Obviamente, cabe la posibilidad conceptual de construir el problema de la conexión (y separación) entre derecho y moral de otras maneras, y en particular como un *continuum* a un extremo del cual se encuentra la total equivalencia del derecho y de la moral, mientras en el otro extremo se encuentra la total independencia de ambos dominios. Me parece, no obstante, que cualquier postura que admita incluso una mínima relación conceptual entre derecho y moral (en cuanto distinta de una relación empírica o, con ciertas cautelas, racional) constituya un rechazo de la tesis de la separación, de forma que la idea del *continuum* resultaría después de todo engañosa. En cambio, si con la idea del *continuum* o de la graduación quiere hacerse referencia a la posibilidad de que el vínculo *causal* o *empírico* entre un sistema de normas morales y un sistema de normas jurídicas sea más o menos fuerte, esto no tiene porqué preocupar a los positivistas y, lo que es más importante, no tiene mucho que ver con el problema *conceptual* de la separación entre derecho y moral.

¹⁷ Esta postura se le puede atribuir a Zagrebelsky, 1992. El que normativo/necesario sea, alternativamente, un concepto malformado o un sinónimo de prescriptivo es aclarado por Bulygin, 1993 y 2000 en polémica con Alexy, 2002.

concebir la tesis de la separación entre ser y deber ser)¹⁸ y sostener por consiguiente su carácter necesariamente valorativo. Lo que se sostiene es que, dadas las peculiaridades de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, y en particular la conexión entre moral y derecho propiciada por cláusulas morales incorporadas en las disposiciones constitucionales, la ciencia jurídica no podría limitarse a describir acríticamente el derecho, sino que debería, por un lado, acudir a la moral para identificar el derecho, y por el otro denunciar los defectos del dictado de las autoridades normativas en la medida en que este no se conforme a los criterios morales incorporados por el sistema jurídico.

II.2. Neoconstitucionalismo e iusnaturalismo confrontados

Un refrán que se lee con frecuencia en los relatos sobre el neoconstitucionalismo es que constituye una “tercera concepción del derecho”¹⁹, diferente tanto del positivismo jurídico (del cual constituye, como acabamos de ver, la programática negación) como del iusnaturalismo. Sin embargo, en muchas ocasiones no queda claro en qué discrepan iusnaturalismo y neoconstitucionalismo.

Al examinar las indistintas relaciones entre ambas concepciones del derecho, es conveniente usar nuevamente la tricotomía entre política judicial, teoría jurídica y metodología jurídica que hemos utilizado anteriormente en la comparación con el positivismo jurídico.

a) Política judicial

En cuanto a la política judicial, el iusnaturalismo se ha tradicionalmente caracterizado por preocuparse sobre todo de la obligación de los jueces de acatar el derecho positivo en caso de

¹⁸ Según Alf Ross, 1998, págs. 148-150, es esta la sola manera correcta de concebir dicha tesis.

¹⁹ En este sentido, es paradigmático Barberis, 2011. Una opinión contraria parece colegirse de Escudero, 2011.

que este sea contrario al derecho natural, llegando a toda una serie de matizaciones acerca de dicha obligación que van de la tesis radical de que un derecho injusto no es verdaderamente derecho y entonces no merece ser acatado a la tesis mucho más cautelosa según la cual el derecho natural es el fundamento de la obligatoriedad del derecho²⁰, y en este sentido no constituye en absoluto una fuente de desobediencia para el juez, cuya obligación primaria es acatar y aplicar las normas de derecho positivo.

El análisis del pensamiento de algunos autores que invocan a menudo el derecho natural —como por ejemplo, Hobbes— ha permitido subrayar el hecho de que algunos sostenedores de la teoría iusnaturalista ya concebían alguna forma de “interpretación conforme”. Escribe por ejemplo Dyzenhaus (2015, *pro manuscrito*): «la manera en la que Hobbes entiende la adjudicación implica que un sujeto tiene el derecho de impugnar una disposición jurídica promulgada sobre la base del argumento de que su interpretación “literal” no se conforma con el derecho natural, en la esperanza de que un juez descubra que existe una manera de interpretar esa disposición jurídica de forma que su significado resulte mayormente coherente con las leyes naturales»²¹.

Si Dyzenhaus tiene razón, la interpretación conforme es un elemento común a los iusnaturalistas y a los neoconstitucionalistas. El hecho de que las constituciones contemporáneas hayan incorporado muchos de los pretendidos derechos naturales ha cambiado el estatus jurídico del conjunto normativo al cual adecuar el resultado interpretativo, pero no ha cambiado la naturaleza de la actividad que consiste en interpretar un cierto texto conformemente al significado que se le asigna a otro. Habría, entonces, una fuerte

²⁰ Bobbio, 1989. Para críticas, ver Dyzenhaus, 2012 y Fox-Decent, 2012.

²¹ «Entailed in Hobbes’s understanding of adjudication is that a subject is entitled to challenge an enacted law on the basis that its ‘literal’ interpretation does not comply with natural law in the hope that a judge will find that there is a way to interpret the law so that its meaning is more consistent with the laws of nature». Traducción mía.

continuidad entre iusnaturalismo y constitucionalismo acerca de este asunto.

Al mismo tiempo, otra idea del iusnaturalismo clásico es reavivada por el neoconstitucionalismo: el hecho de que el conjunto de normas mediante las cuales juzgar la validez y/o la obligatoriedad de las normas dictadas por el legislador sea un conjunto normativo completo (i.e. carente de lagunas), que permite establecer si las normas legisladas deben ser consideradas válidas (y por ende deben ser obedecidas) a la vez que proporciona los medios para integrar las lagunas del discurso legislativo²².

También aquí se aprecia una fuerte continuidad entre iusnaturalismo y neoconstitucionalismo.

b) Teoría del derecho

Ya observó Bobbio (1965, pág. 141) que el iusnaturalismo no ha formulado una teoría del derecho completa, si por “teoría” entendemos el intento de explicar los aspectos teóricamente relevantes de un cierto conjunto de sistemas jurídicos (al límite, de todos los sistemas jurídicos). Tampoco el neoconstitucionalismo ha propuesto una teoría general del derecho, en el mismo sentido en que lo hicieron teóricos como Austin, Bobbio, Kelsen o Ross. Al contrario, una característica general del neoconstitucionalismo parece ser una menor tecnificación de muchas de sus propuestas teóricas. Efectivamente el eje acerca del cual, desde un punto de vista teórico, rueda el neoconstitucionalismo es constituido por dos nociones principales: las nociones de principio (en cuanto opuesto a la de regla) y de ponderación (en cuanto opuesta a subsunción).

Respecto de estas dos parejas de conceptos, existe una real diferencia, no subrayada suficientemente en la literatura, entre iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Mientras que en el

²² Cfr. por ejemplo Alexy, 2002. Un análisis crítico de la postura de Alexy y, más en general, de esta manera anti-positivista de concebir la validez se encuentra en Grabowski, 2013.

iusnaturalismo (en particular modo, en su versión racionalista de los siglos XVII y XVIII) los principios son los axiomas de los cuales se derivan, por deducción, las normas de detalle, en el neoconstitucionalismo los principios se definen justamente por no ser susceptibles de desarrollo deductivo. De ahí que en el iusnaturalismo los principios se definan por su manejo deductivo, mientras que en el neoconstitucionalismo esto sea rotundamente negado y los principios se conciban como estándares normativos que requieren necesariamente un razonamiento de tipo ponderativo.

c) Metodología jurídica

El iusnaturalismo —como es sabido— defiende la tesis de la conexión (identificativa y/o justificativa) necesaria entre derecho y moral²³. Esta conexión —como bien explica Bobbio (1965, pág. 142)— es a menudo concebida como una conexión definitoria: depende del hecho de que “derecho” se defina como un medio para alcanzar un determinado fin u objetivo (la justicia, la paz, el bien común, etc.). Pues bien, una conexión definitoria reaparece, casi igual, en el neoconstitucionalismo contemporáneo, aunque tome las formas solo aparentemente diferentes de las pretensiones del derecho de ser legítimo, justo o correcto²⁴. Mientras que el iusnaturalismo clásico niega que el derecho que carece de justicia sea verdadero derecho, el neoconstitucionalismo debilita un poco dicha tesis, sosteniendo que el derecho, para poder ser realmente tal, debe pretender ser justo, aunque pueda no llegar a serlo (o a serlo totalmente). Sin embargo, las pretensiones fallidas y aquellas exitosas conducirían a poder identificar sistemas jurídicos “genuinamente vinculantes” y sistemas jurídicos solo “aparentemente vinculantes”.

²³ Ver Comanducci, 1999, págs. 130-133.

²⁴ Para críticas muy incisivas a este modo de ver, cfr. Guastini, 2014, págs. 156-157.

La tesis según la cual las disposiciones jurídicas son sometidas a una “lectura moral” por muchos de los operadores del derecho constituiría un elemento para atacar la tesis de la separación entre derecho y moral. El argumento es el siguiente. Como para entender lo que disponen los textos jurídicos habría que hacer referencia a la moral, ya no habría manera de distinguir claramente entre estos dos dominios. El razonamiento jurídico constituiría una forma especial de razonamiento moral y no habría una separación tajante entre ambos dominios. La tesis de la unidad del razonamiento práctico es a veces contrapuesta a la tesis iusnaturalista de los diferentes dominios (el del derecho natural y el del derecho positivo), que constituye el trasfondo de la tesis de la necesaria conformidad del derecho positivo al derecho natural²⁵. La diferencia residiría precisamente en que el iusnaturalismo ofrece una imagen de las relaciones entre derecho y moral como “dos sistemas distintos”, mientras que el neoconstitucionalismo representaría dichas relaciones con una imagen de “un solo sistema”: moral y derecho no serían dos sistemas separados, sino un solo único entramado de normas y procedimientos.

Obviamente, esta manera de enfocar la cuestión no es nada más que una metáfora engañosa. Como los mismos neoconstitucionalistas a veces admiten, hay aspectos centrales de la presunta “moralidad interna” del derecho (igualdad de trato, irretroactividad, derecho a la defensa, etc.) que la distinguen de la moral sustancial, de forma que, incluso si se concibieran ambos sistemas como conjuntos de normas morales, se trataría siempre de dos sistemas normativos distintos. Tan es así que, como lo demostró Hart (1994, págs. 206-207) hace casi sesenta años, la *justicia en la aplicación del derecho* es perfectamente compatible con la peor iniquidad moral sustantiva.

Una última oposición entre iusnaturalismo y neoconstitucionalismo residiría en el hecho de que la primera concepción considera el derecho como un sistema de normas,

²⁵ Alexy, 1979; García Figueroa, 2003; Dyzenhaus, 2015.

mientras que el neoconstitucionalismo sostiene que el derecho es más bien una práctica social, en particular una práctica que consiste en dar razones a favor, o justificar, las decisiones de los funcionarios (en particular, las decisiones que conllevan alguna forma de coerción sobre los sujetos). A mí me parece, sin embargo, que aquí lo que ha cambiado solo son los rótulos. De la misma manera en que un iusnaturalista puede sostener que un juez tiene el deber de sabotear, mitigar, o desaplicar un conjunto de normas positivas en conflicto con el derecho natural, los neoconstitucionalistas sostienen que un juez tiene el deber de interpretar las disposiciones de un sistema jurídico de manera que resulten más conformes posibles a la moralidad encarnada por la constitución, que constituye un “puente” hacia la aplicación de la moral (supuestamente crítica y objetiva). Como esto en los sistemas normativos inicuos no puede hacerse de manera justificada, ya que, por definición, la constitución no incorpora dichos valores, no hay manera para el juez de justificar, internamente al sistema, una decisión coercitiva. De ahí que el juez neoconstitucionalista se encontrará —al igual de un juez iusnaturalista— en la situación de tener que sabotear, mitigar o desaplicar un conjunto de normas positivas sobre la base de los criterios de la moral crítica. También en este punto, no es fácil distinguir ambas teorías, más allá de las elecciones terminológicas.

III. EL NEOCONSTITUCIONALISMO POSITIVO EN 8 TESIS

Hasta ahora, hemos analizado el neoconstitucionalismo por “vía negativa”, en oposición a otras concepciones. Es el momento de definir su alcance de manera positiva, reseñando algunas de las propuestas de teoría o de política del derecho que califican la concepción bajo examen.

La versión positiva del neoconstitucionalismo es tan ambiciosa que se llega a sostener que ella encarna un verdadero

“cambio de paradigma”, tanto respecto de la forma de estado como en la teoría y la metodología necesarias para dar cuenta de ella²⁶.

Una reseña completa de las tesis defendidas por autores, que en algún sentido pueden ser denominados “neoconstitucionalistas”, excede los objetivos de este trabajo, ya que se necesitaría, probablemente, una entera monografía para llevarla a cabo²⁷. Aquí bastará con introducir y luego analizar más detenidamente ocho tesis “positivas”, en varios puntos entrelazadas entre ellas, que me parecen las más características de gran parte de la “galaxia neoconstitucionalista”²⁸.

(1) Como se ha visto con anterioridad, el neoconstitucionalismo concibe el derecho de los estados constitucionales como una «combinación de *reglas y principios*, entre los cuales cabe destacar los principios constitucionales (principios fundamentales), que afectan cualquier sector del derecho positivo» (Chiassoni, 2015, pág. 52).

(2) Reglas y principios son aptos para constituir un conjunto normativo completo, consistente y axiológicamente coherente. Que el derecho pueda llegar a ser concebido como tal se debe a la circunstancia de que los juristas utilicen lo que ha sido llamado un “enfoque holístico de la interpretación” que sería el único enfoque metodológico adecuado para los estados constitucionales (Alchourrón, 2000).

(3) De forma paradigmática en la historia del derecho, las constituciones contemporáneas incorporan los valores morales, de manera que habrían creado una conexión contingente (pero muy relevante) entre el ámbito de lo jurídico y el ámbito de lo moral (Pino, 2011, pág. 227; Barberis, 2011, pág. 257).

²⁶ Ver Atienza, 2009, pág. 213.

²⁷ Para una aproximación exhaustiva al panorama neoconstitucionalista, véase Pozzolo, 2011b.

²⁸ Aquí sigo, con algunas diferencias marginales, el planteamiento ofrecido por Chiassoni, 2011 y 2015.

(4) La incorporación de valores morales en la constitución conlleva que los intérpretes deban asignar significado a las disposiciones constitucionales realizando una interpretación moral y sistemática de las mismas (Pino, 2010, págs. 127 y ss.). Realizando esta operación, podrían desarrollar plenamente la constitución, derivando de ella normas implícitas, junto a las normas explícitas.

(5) Toda norma puede considerarse como abierta a excepciones implícitas o (como se dice en la jerga de los teóricos del derecho) como derrotable (*defeasible*), en el sentido de que siempre se pueden encontrar nuevas excepciones basadas en las razones morales, incorporadas por los principios²⁹.

(6) La aplicación del derecho no se puede limitar al razonamiento subsuntivo ya que en cada caso la solución correcta depende de su conformidad con los principios constitucionales, los cuales no admiten un razonamiento estrictamente subsuntivo, sino que requieren de un razonamiento ponderativo o de balance.

(7) Lo explicado en los puntos precedentes conlleva que, interpretando holísticamente las disposiciones jurídicas, los jueces pueden llegar a decidir cualquier controversia, de manera consistente y moralmente correcta³⁰.

(8) La última tesis del neconstitucionalismo afirma que las normas jurídicas no pueden tener cualquier contenido³¹. Al contrario, «todas las normas tienen que ser conformes a los principios constitucionales, los cuales a su vez reflejan los valores de una moralidad política de los cuales sólo depende, en última instancia, la pretensión de obligatoriedad del derecho» (Chiassoni, 2011, pág. 53).

²⁹ Atienza & Ruiz Manero, 2012.

³⁰ Vid. Dworkin, 1978 y, al nivel metateórico, Alchourrón, 2000 y Ratti, 2008.

³¹ Dyzenhaus, 2015.

IV. ACIERTOS Y EQUIVOCACIONES DE LAS DIVERSAS FORMAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

El neoconstitucionalismo positivo ha acertado en algunos asuntos (no muchos, diría yo) y se equivoca de manera notable en otros. A los efectos de aclarar cuáles han sido los éxitos y cuáles los desaciertos, resulta oportuno seguir el orden que hemos utilizado en la sección anterior.

(1) La tesis de la distinción fuerte —lógica o estructural— entre reglas y principios, según la cual se encontrarían, en el derecho, dos tipos distintos de normas (reglas y principios, precisamente) que se caracterizarían por tener, a la vez, una importancia axiológica y una estructura lógica diferentes, no solo no es viable sino que es, bajo muchos aspectos, engañosa³².

En una de sus formulaciones más perspicuas, dicha tesis ha sido presentada, recientemente, de la siguiente manera: «se llaman reglas a las normas aplicadas directamente (deductivamente) a la conducta, mientras que se llaman principios a las normas aplicadas no directamente (no deductivamente), sino que son consideradas relevantes para extraer argumentativamente reglas que sí regulan la conducta» (Barberis, 2011, pág. 261). Obviamente, toda redefinición (como la propuesta en este pasaje) es, en un cierto sentido, “arbitraria”, de forma que no parece muy sensato impugnar su viabilidad. Me parece que esta redefinición resulta tramposa por dos razones. En primer lugar, si llamamos “principio” a cualquier norma no aplicada deductivamente, obtenemos el resultado algo raro, considerado el significado que la palabra “principio” tiene en la jerga de los juristas, de que una norma muy de detalle que no es aplicada deductivamente, sino, por ejemplo, analógicamente, se tornaría, por esa simple razón, un principio. En segundo lugar, si se admite —como es común hacer y como veremos luego— que todas las normas jurídicas son potencialmente derrotables, esto es son

³² Sobre el asunto, me permito referirme a Ratti, 2013, págs. 153-173.

sujetas a excepciones implícitas que no son susceptibles de ser exhaustivamente enumeradas antes de su aplicación, no habría manera de determinar si una norma es una regla o un principio hasta el momento de su aplicación. Sin embargo, según la definición bajo examen, cualquier norma derrotada sería un principio, en la medida que no haya sido aplicada deductivamente, ya que “derrotar a una norma” significa justamente, desde un punto de vista formal, “no aplicarle a una norma las leyes fundamentales del razonamiento deductivo”. Y aquí recaemos en el problema denunciado anteriormente: una norma muy específica que resulte derrotada sería, a pesar de las apariencias, un principio.

A veces, esta extraña tesis es generalizada y expresamente defendida bajo la paradójica asunción de que “todas las normas funcionan como principios”: obviamente, esto es solo un modo muy confuso de decir que todas las normas son derrotables (en algún sentido de este término) aunque, a una primera aproximación, se podría pensar que solo los principios lo son. Volveremos sobre este asunto más adelante.

Ahora cabe remarcar otro aspecto del problema: probablemente, el criterio principal para distinguir entre reglas y principios sea el de la importancia, que hace referencia a una doble característica: (1) muchos principios (en particular, los que aparecen en la constitución) no se consideran susceptibles de revisión; y, (2) se considera que muchos principios (aunque no todos) no necesiten justificación (i.e. serían, por así decirlo, “auto-evidentes”). Dicho criterio funciona de manera particularmente exitosa en relación con los principios que reconocen derechos fundamentales. Sin embargo, no existe ninguna razón conceptual por la cual se deba sostener que dichos estándares normativos deben ser tratados como enunciados derrotables y/o que no pueden ser aplicados deductivamente. Obviamente, si así ocurre, se trata de una elección de valor, de una decisión, no de una genuina necesidad teórica o conceptual.

Por estas razones, es aconsejable rehuir de toda distinción estructural entre reglas y principios. Al contrario, es preciso subrayar una vez más el hecho de que la atribución a una cierta norma del carácter de “principio” responde decididamente a razones ideológicas y no a razones genuinamente conceptuales³³. Una teoría del derecho que quiera ser genuinamente avalorativa debería probablemente deshacerse de la carga emotiva que usualmente se asigna al término “principio”.

(2) La segunda tesis contiene dos aspectos: uno estrictamente meta-jurisprudencial, que considero correcto, y el otro de metodología prescriptiva, que es cuanto menos cuestionable. El aspecto meta-jurisprudencial consiste en subrayar la circunstancia de que el derecho, si llega a ser un conjunto rigurosamente sistemático de normas (esto es, un conjunto completo, consistente y axiológicamente coherente) lo debe a la intervención de los juristas, que justamente sistematizan los materiales jurídicos “preinterpretativos” a los efectos de que lleguen a tener dicha forma sistemática. Es decir, el “sistema” no es el punto de partida de las actividades de los juristas, sino que el punto terminal de dichas actividades (Ratti, 2008). Sin embargo, de esto no se sigue en absoluto que esta sea la manera correcta en que los juristas deben proceder al nivel metodológico, por dos razones principales: (a) si nos quedamos al nivel descriptivo-reconstructivo, no podemos recomendar ningún tipo de metodología interpretativa, sino que debemos limitarnos a describir las metodologías efectivamente en uso entre los juristas; y, (b) si enfocamos la cuestión desde la perspectiva de la política del derecho, no resulta claro por qué razones esta metodología debería siempre ser preferida a detrimento de una lectura literal de las disposiciones jurídicas.

Obsérvese finalmente que, desde un punto de vista técnico-jurídico, esta última idea se reflejaría en la tesis de que levantar una cuestión de inconstitucionalidad de las normas sería

³³ Tarello, 1980, pág. 387.

conceptualmente inviable, ya que, por asunción, el sistema es coherente y por ende siempre queda el espacio para interpretar una disposición de manera conforme a los principios constitucionales.

(3) El hecho de que las disposiciones constitucionales contemporáneas están caracterizadas por la formulación expresa de valores morales no acarrea ninguna “revolución”, ni en el *drafting* legislativo, ni en la teoría jurídica. En efecto, las “clausulas morales” constituyen una subclase de las “clausulas generales” (como “buena fe”, “orden público”, “debida diligencia”, “daño injusto” etc.) (Velluzzi, 2010, págs. 39-42, 80). En la medida que estas cláusulas están afectadas por un gran dosis de vaguedad o genericidad y necesitan inevitablemente ser precisadas en el curso de la aplicación judicial, la única conclusión que cabe extraer es que la autoridad normativa ha formulado sus disposiciones de manera tal que los jueces gozan de una gran discrecionalidad a la hora de aplicar las normas que contienen dichas clausulas. La tesis contraria, según la cual dichas disposiciones necesitarían ser interpretadas mediante una “lectura moral” —tesis que analizaremos en detalle en el próximo punto— está basada en la doble asunción de que (1) existe un conjunto de principios morales objetivos y (2) dichos principios son de obligatoria aplicación por parte de los jueces toda vez que aparecen “conceptos morales” en el dictado constitucional. Ambas ideas son muy cuestionables, ya que la tesis (1), como toda tesis existencial, necesitaría ser probada con medios empíricos (lo que hasta el momento no ha podido realizarse)³⁴, mientras que la tesis (2) supone una concepción de la función judicial que está lejos de ser pacífica entre los jueces y es abiertamente rechazada en algunos documentos constitucionales³⁵.

(4) Como se dijo, muchos neoconstitucionalistas defienden una “lectura moral” de la constitución. Es muy fácil entender dicha postura como una doctrina prescriptiva de la interpretación de

³⁴ Leiter, 2012, págs. 265 y ss.

³⁵ Ferrajoli, 2011, págs. 47-48.

(algunas de) las disposiciones constitucionales. Dichas disposiciones deben ser interpretadas en conformidad con los valores morales presuntamente subyacentes a ellas. La crítica que aquí usualmente se hace es que es muy arriesgado, desde una óptica garantista, dejar a los jueces la posibilidad de derivar el derecho válido del derecho que ellos creen que es el derecho justo. En particular, haciéndose eco a una idea de Ferrajoli, habría que evitar, en función garantista, «lo que podría llamarse *moralismo jurisdiccional* al nivel genético de la creación judicial de derecho nuevo *sub specie interpretationis*», es decir aquella manera de ver según la cual los jueces deben crear normas sobre la base de su juicio sobre lo que es moralmente correcto³⁶. De la misma manera, habría que evitar la idea, que a menudo va aparejada a la precedente, de que deba considerarse como necesariamente justo el derecho válido en un ordenamiento constitucionalizado.

³⁶ Como observa Chiassoni, 2011, págs. 110-111, en particular n. 26, para Ferrajoli, el principio de separación jurisdiccional está complementado por otros principios metodológicos y de ciencia de la legislación, que en su conjunto tendrían que aumentar el «grado de satisfacción» del «ideal regulativo» de una jurisdicción «cognoscitivista». Estos principios pueden ser reconstruidos de la siguiente forma: (i) los jueces no pueden proporcionar protección jurisdiccional a derechos *creados* por ellos mismos, es decir que no tengan algún «fundamento en la letra de la Constitución», que sean «carentes de todo anclaje en el texto constitucional, ni siquiera implícito o indirecto»; (ii) los jueces deben tratar las disposiciones constitucionales que adscriben derechos fundamentales como normas que expresan estándares normativamente fuertes, que imponen deberes negativos o positivos al legislador; (iii) los jueces deben asumir que la ponderación no tenga por objeto normas (principios, reglas), como a menudo se sostiene, sino hechos: que consista pues en la evaluación del peso de circunstancias específicas de los casos concretos, a fin de determinar cuál principio o regla debe ser aplicado todo considerado, haciendo uso de su poder de connotación equitativa de los hechos; y, (iv) los legisladores, a fin de limitar el margen no eliminable de discrecionalidad interpretativa judicial y en garantía de los principios de separación de los poderes y legalidad de la jurisdicción, deben formular las normas legislativas y constitucionales en un lenguaje simple, claro, no valorativo y preciso.

Sin embargo, ha habido quien ha mantenido que habría razones conceptuales a favor de dicha doctrina. Giorgio Pino (2010, págs. 130 y ss.), en particular, ha defendido la necesidad de la “lectura moral” de las cláusulas constitucionales.

Pino (2010, pág. 135) descarta, en primer lugar, que el argumento originalista, basado en la adscripción de significado a las disposiciones constitucionales sobre la base de la voluntad de los constituyentes, pueda resultar dirimente, ya que la intención de los autores del texto constitucional consistía exactamente en «utilizar términos a interpretar según la circunstancias y con una argumentación que no puede no ser, al menos parcialmente, moral».

En segundo lugar, niega que se pueda usar un criterio sociológico, que consiste en leer las cláusulas morales como reenvío a los valores mayoritariamente compartidos en la comunidad política de referencia. Esto tanto por razones empíricas (los jueces no tienen ni los recursos ni el tiempo necesario para realizar esta tarea estadística, las sociedades contemporáneas son pluralistas) como por razones sustantivas (sería paradójico leer disposiciones que han sido dictadas como garantías a favor de las minorías a través de una lectura que se refiere a la concepción moral de la mayoría).

De ahí que se necesitaría otro método —similar al equilibrio reflexivo de Rawls— según el cual habría que individualizar casos paradigmáticos de aplicación de un derecho fundamental y casos paradigmáticos de violación, sobre la base de una argumentación sustantiva que estime su relación con los valores relevantes en un proceso de continua adaptación de la relación entre casos y valores (Pino, 2010, pág. 141).

Esta concepción de la interpretación constitucional — aparentemente sostenida por razones conceptuales— no es otra cosa que la conclusión de un razonamiento que parte de una premisa normativa explícita: hay que evitar o limitar en la medida de lo posible la discrecionalidad judicial. Si esto es así, claramente

ya no estamos hablando de una teoría descriptiva de la interpretación constitucional (que describe lo que hacen los juristas), sino de una doctrina normativa de dicha interpretación (que prescribe lo que los juristas deben hacer). Sin embargo, es más que dudoso, desde de un punto de vista técnico, que se pueda limitar la discrecionalidad judicial mediante referencia a un razonamiento moral como el evocado por Pino. Si esto es considerado posible, es solo porque se asume implícitamente alguna forma de cognoscitivismo ético, según el cual los valores morales son objetivos y cognoscibles. Y esto —como observa correctamente Ferrajoli (2011, págs. 30-31)— paradójicamente «se resuelve en la transformación del constitucionalismo en una ideología anti-liberal, cuyos valores pretenden imponerse a todos —moralmente, y no sólo jurídicamente— por ser de algún modo “objetivos”, “verdaderos” o “reales”».

(5) Muchos neoconstitucionalistas sostienen la tesis según la cual todas las normas son derrotables y por esto funcionan como estándares normativos que no pueden ser aplicados deductivamente. Esta idea surge de la falta de distinción entre la susceptibilidad que tiene una norma de que se le atribuyan excepciones implícitas y posibilidad de una norma de ser aplicada deductivamente. Cualquier norma que admita excepciones implícitas puede ser aplicada deductivamente, en la medida que se expliciten todas las excepciones implícitas. Es cierto que muchos neoconstitucionalistas (e incluso algunos positivistas) sostienen que esta actividad de identificación de todos los *defeaters* no es posible, sobre todo porque nuestra situación epistémica imperfecta no nos permite conocer todas las propiedades morales que podrían ser relevantes a la hora de identificar todas las posibles excepciones implícitas de las normas. Sin embargo, este argumento fracasa en la medida en que se tenga en consideración una simple circunstancia: en los sistemas normativos, producidos por los juristas en vista de su aplicación judicial, todas las propiedades relevantes de los supuestos de hecho de las normas son explicitadas

(independientemente del hecho de que el proceso de revisión de dichas normas pueda considerarse acabado desde una perspectiva diacrónica o no). El hecho de que una norma pueda ser revisada en futuro no afecta la construcción de un sistema normativo aplicable deductivamente por parte de los juristas³⁷.

(6) Muchos neoconstitucionalistas han sostenido que los principios no podrían ser aplicados —diferencias de las reglas— mediante subsunción, sino que necesitarían otro procedimiento intelectual: la ponderación³⁸.

Esta tesis es, sin duda alguna, equivocada. Acerca de este asunto, Guastini (2014, págs. 167 y ss.) ha aclarado de forma magistral que la pareja oposicional subsunción/ponderación es mal formada, porque la subsunción consiste simplemente en la adscripción de un individuo (o de una subclase) a una clase y por lo tanto puede realizarse también en relación con principios en la medida que ellos —como toda norma de aplicación general— contienen palabras de clase.

Más allá de esto, cabe observar que la ponderación, esto es la creación de una jerarquía axiológica variable entre normas en conflicto, no necesariamente debe aplicarse solo a los principios, sino que puede aplicarse a todo tipo de norma (incluyendo a las normas de detalle).

Las normas en conflicto pueden efectivamente ordenarse mediante una jerarquía fija (piénsese por ejemplo al criterio de la *lex superior*) o jerarquizarse de manera móvil. Sin embargo, cabe observar que el método mediante el cual se ordenan diversas normas en conflicto no tiene ninguna repercusión sobre la aplicación deductiva o no-deductiva de una norma. Además de esto, en el plano de la reconstrucción de los sistemas normativos construidos a los efectos de la aplicación judicial, ambas

³⁷ Ferrer & Ratti, 2012, pág. 16.

³⁸ Cfr. al menos Alexy, 2007 y Atienza, 2006, págs. 163 y ss. Véase una discusión metateórica en Prieto, 2001, págs. 216-217. Un análisis conceptual muy pormenorizado se lee en Martínez, 2007.

operaciones son formalmente idénticas, ya que consisten en admitir ciertas normas y excluir otras del conjunto de normas aplicables al caso para resolver³⁹.

Otra cuestión que a veces se confunde con la de la subsunción tiene que ver con la posible *aplicación deductiva* de los principios. Ahora bien, lo que a veces se quiere sostener afirmando que a los principios no se les puede aplicar la subsunción es que dichos estándares normativos no son susceptibles de aplicación deductiva. Esta tesis merece ser discutida, aunque sea brevemente. Obviamente, la aplicación deductiva de una norma depende de su forma lógica. Allí donde los principios tienen una forma efectiva que puede ser reconstruida en los términos lógicos de un condicional estricto, no hay nada que obste a su aplicación deductiva. Por ejemplo, el principio *nulla poena sine lege* no tiene problemas en ser reconstruido como una norma aplicable deductivamente. Es verdad, no obstante, que algunos principios no tienen una formulación que permita su fácil y directa transposición en términos estrictamente condicionales, sobre todo en razón de su extrema genericidad. Por otro lado, principios formulados de esta manera, de hecho, son usados en los razonamientos jurídicos como matrices para crear nuevas normas específicas, más bien que como normas deductivamente aplicables. En suma, si los principios, a veces, no son (considerados) susceptibles de aplicación deductiva lo deben a su carácter extremadamente genérico, que requiere que sean concretizados para que puedan ser aplicados deductivamente, pero nada impide que un principio redactado de manera más exacta pueda resultar aplicable deductivamente. Por consiguiente, debería introducirse decididamente una distinción tajante entre principios que admiten aplicación deductiva y los que no la admiten.

(7) La séptima tesis —como se recordará— consiste en sostener que, interpretando holísticamente las disposiciones jurídicas, los jueces pueden llegar a decidir cualquier controversia,

³⁹ Alchourrón & Makinson, 1981.

de manera consistente y moralmente correcta. Esta tesis es, a la vez, banal, desde una cierta perspectiva, y ciertamente no es muy novedosa, desde otra perspectiva.

La primera perspectiva desde la cual se puede abordar esta tesis es la de la descripción de las operaciones de los juristas en vista de la confección de sistemas normativas para la aplicación judicial. No es un misterio que los juristas completen y armonicen el derecho, de forma que aparezca como un sistema de normas siempre determinado. En los sistemas constitucionalizados, la solución sería también axiológicamente “correcta” en la medida que presupone una interpretación holística de los principios constitucionales a los efectos de encontrar un equilibrio o una jerarquía entre diferentes valores en conflicto⁴⁰. Sin embargo, esta tesis no es viable si se considera que la solución sea “objetivamente correcta”. La solución es “correcta” solo en el sentido mínimo de que es admitida por una de las posibles operaciones de “coherentización” del sistema jurídico.

Por otro lado, la tesis no es en absoluto novedosa, ya que constituye una reformulación “actualizada” de una de las tesis clásicas del positivismo teórico: la tesis de las necesarias completitud y consistencia de los sistemas jurídicos (Alchourrón, 2000, págs. 32-33). No se advertiría al respecto ningún cambio de paradigma, sino a lo sumo un cambio de los argumentos usados para sostener la misma conclusión.

(8) La octava tesis positiva del neoconstitucionalismo sostiene que las normas jurídicas no pueden tener cualquier contenido, sino que deben necesariamente reflejar algunos principios morales que, en los estados contemporáneos, aparecen ya en los principios constitucionales. A mí me parece que esta tesis constituya un total desacierto, al menos por dos razones. La primera razón es muy banal: de hecho, el constituyente puede escribir lo que quiere en la constitución, como ocurre con cualquier otro

⁴⁰ Pino, 2010, cap. 6.

documento normativo. En otras palabras, al nivel de las formulaciones, las normas pueden versar sobre cualquier contenido, aunque no siempre los actos de formulación de las normas son actos totalmente “felices”, es decir capaces de dictar normas posibles para acatar.

La segunda razón es más seria: existen estados constitucionales que reconocen derechos fundamentales a veces muy diferentes (y hasta claramente incompatibles) entre ellos. Además existen estados contemporáneos de tradición constitucionalista —España e Italia entre ellos— que parecen haber supeditado la aplicación de los derechos fundamentales a las exigencias de la balanza presupuestaria (las cuales, claro está, forman parte de muy pocas doctrinas morales). La “búsqueda de la felicidad” pertenece al conjunto de los derechos fundamentales de los ciudadanos estadounidenses, pero no expresamente a los derechos de los italianos. Estos últimos tienen derecho a ser asistidos sanitariamente por el estado italiano, pero esto no es cierto para los ciudadanos de muchos países que son considerados estados constitucionales de derecho. En suma, no es muy claro cuál sería la doctrina moral exacta que (todas) las constituciones contemporáneas supuestamente encarnarían. Al final, la tesis más razonable consiste en sostener que toda constitución es expresión de la moral positiva (o del núcleo de dicho sistema moral) vigente en una cierta comunidad política. Y no es un gran descubrimiento señalar el hecho de que hay tantas morales positivas cuantas son las comunidades (y a menudo hay más morales positivas en la misma comunidad), aunque de hecho haya más de un solapamiento entre diversas normas de dichos sistemas de moral positiva.

V. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS

En las páginas precedentes hemos analizado diferentes maneras de concebir el neoconstitucionalismo. Estas diferentes nociones de neoconstitucionalismo se encuentran mezcladas en los

discursos de los juristas acerca del derecho de los estados constitucionales, de su aplicación judicial y de su reconstrucción teórica y metodológica.

El análisis llevado a cabo ha demostrado que el neoconstitucionalismo, si está enfocado de manera “negativa”, como una simple suma de oposiciones a tesis iusteóricas asentadas, no es otra cosa que un iusnaturalismo, por así decirlo, “actualizado”, que difumina algunas tesis clásicas del iusnaturalismo y se distingue de su versión tradicional sobre todo por su teoría de las normas jurídicas, concebidas en gran parte como enunciados derrotables.

Entendido como una serie de tesis positivas acerca de la función judicial y de la “naturaleza del derecho”, el neoconstitucionalismo se convierte en una peculiar mezcla de tesis presuntamente descriptivas y otras manifiestamente prescriptivas. Frente a sus interesantes tesis acerca de la sistematización del derecho por parte de los juristas, el neoconstitucionalismo defiende tesis muy discutibles sobre los deberes de los jueces y la moralidad intrínseca del derecho en los estados constitucionales. En este breve ensayo, he tratado de articular las que me parecen las principales razones para impugnar o por lo menos dudar de dichas tesis.

REFERENCIAS

- Alchourrón, C.E. (2000). Sobre derecho y lógica. *Isonomía*, 13, págs. 11-33.
- Alchourrón, C.E. & Bulygin, E. (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Alchourrón, C.E. & Makinson, D. (1981). Hierarchies of Regulations and Their Logic. En R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*. Dordrecht: Reidel, págs. 125-148.
- Alexy, R. (1979). *Theorie der Juristischen Argumentation*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Alexy, R. (2002). *The Argument from Injustice* (1992). Oxford: Oxford University Press.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos.
- Atienza, M. (2006). *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (2009). Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta. *Isonomía*, 31, págs. 206-223.
- Atienza M. & Ruiz Manero J. (1996). *Las piezas del derecho*, 2ª ed. Barcelona: Ariel.
- Atienza M. & Ruiz Manero J. (2012). Rules, Principles, and Defeasibility. En Ferrer, J., Ratti G.B. (eds.), *The Logic of Legal Requirements*. Oxford: Oxford University Press, págs. 238-253.
- Barberis, M. (2011). El neoconstitucionalismo. *Third Theory of Law*. En Pozzolo, S. (ed.), *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Lima: Palestra, págs. 249-269.
- Barberis, M. (2015). Le néoconstitutionnalisme existe-t-il? “*Revus*”, 25.
- Bobbio, N. (1965). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milán: Comunità.
- Bulygin, E. (1993). Alexy und das Richtigkeitsargument. En Aarnio, A. (ed.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60*. Berlin: Dunker & Humblot, págs. 19-24.
- Bulygin, E. (2000). Alexy’s Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality. *Ratio Juris*, 13, págs. 133-137.
- Canale, D. (2013). Il ragionamento giuridico. En Pino, G., Schiavello & A., Villa, V. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*. Torino: Giappichelli, págs. 316-351.
- Chiassoni, P. (2011). Un baluarte de la modernidad. Notas defensivas sobre el constitucionalismo garantista. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 34, págs. 101-120.
- Chiassoni, P. (2015). *Neoconstitucionalismo, positivismo jurídico y modernidad*. Manuscrito inédito.

- Comanducci, P. (1999). Il positivismo giuridico: un tentativo di bilancio. En AA.VV., *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*. Torino: Giappichelli, págs. 125-134.
- Comanducci, P. (2010). *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Dworkin, R., (1978). *Taking Rights Seriously*, 2ª ed. Londres: Duckworth.
- Dyzenhaus, D. (2012). Hobbes on the Authority of Law. En D. Dyzenhaus & T. Poole (eds.), *Hobbes and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, págs. 186-209.
- Dyzenhaus, D. (2015). The Public Conscience of Law. From Hobbes to Hart. *Ragion pratica*, 45, *pro manuscrito*.
- Escudero, R. (2011). *La respuesta positivista al desafío del neoconstitucionalismo: el positivismo jurídico incluyente*. En Pozzolo, S. (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Lima: Palestra, págs. 89-118.
- Ferrajoli, L., (2011). Constitucionalismo garantista y constitucionalismo principialista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, págs. 15-53.
- Ferrer, J., Ratti G.B. (2012). Defeasibility and Legality: A Survey. En Ferrer, J. & Ratti G.B. (eds.), *The Logic of Legal Requirements*. Oxford: Oxford University Press, págs. 11-36.
- Fox-Decent E. (2012). Hobbes's Relational Theory. Between Power and Consent. En D. Dyzenhaus & Poole, T. (eds.), *Hobbes and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, págs. 118-144.
- García Figueroa, A. (2003). La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho. *Diritto & Questioni Pubbliche*, 3, págs. 197-227.
- Grabowski, A. (2013). *Juristic Conception of the Validity of Statutory Law*. Berlín: Springer.
- Guastini, R. (2014). *Otras distinciones*. Bogotá: Universidad Externado.
- Hart, H.L.A. (1983). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon.
- Hart, H.L.A. (1994). *The Concept of Law*, 2ª ed. Oxford: Clarendon Press.
- Laporta, F. (2007). *El imperio de la ley*. Madrid: Trotta.
- Leiter, B. (2012). *Naturalismo y teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Martínez Zorrilla, D. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons.
- Müller, F. (2000). Observations on the Role of Precedent in Modern Continental European Law from the Perspective of "Structuring Legal Theory". *Stellenbosch Law Review*, 11, págs. 426-436.

- Narváez Mora, M. (2010). *Detectar concepciones: el test de la negación*. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 33, págs. 553-569.
- Pino, G. (1998). Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale. En P. Comanducci & R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, págs. 203-227.
- Pino, G. (2010). *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Bologna: Il Mulino.
- Pino, G. (2011). Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, págs. 201-228.
- Pozzolo, S. (2008). Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 38, págs. 405-418.
- Pozzolo, S. (2011a). Introducción. En Pozzolo, S. (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Lima: Palestra, págs. 7-12.
- Pozzolo, S. (2011b). *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima: Palestra.
- Pozzolo, S. (2015). Apuntes sobre “Neocostitucionalismo”. En Zamora, F. & Núñez Vaquero, A. (eds.) *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I. Mexico: UNAM, págs. 363-405.
- Prieto Sanchís, L. (2001). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5, págs. 201-228.
- Ratti, G.B. (2008). *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Ratti, G.B. (2013). *El gobierno de las normas*. Madrid: Marcial Pons.
- Ross, A. (1998). Validity and the Conflict between Positivism and Natural Law (1961). En S. Paulson & B. Litchewski (eds.), *Normativity and norms*. Oxford: Oxford University Press, págs. 147-163.
- Scalia, A. (1997). *A Matter of Interpretation*. Princeton: Princeton University Press.
- Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè Ed.
- Velluzzi, V. (2011). *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milán: Giuffrè Ed.
- Waluchow, W. (2007). *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*. New York: Cambridge University Press.
- Zagrebelsky, G. (1992). *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi.
- Zagrebelsky, G. (2002). Diritto per: valori, principi o regole? *Quaderni Fiorentini*, XXXI, págs. 865 y ss.