

# NEOCONSTITUCIONALISMOS (UN CATÁLOGO DE PROBLEMAS Y ARGUMENTOS)

Neoconstitutionalisms (A Catalogue of Problems and Arguments)

Luis PRIETO SANCHÍS

Universidad de Castilla-La Mancha (España)

## RESUMEN

El artículo ofrece un completo panorama de los problemas abordados y de las tesis fundamentales defendidas por el neoconstitucionalismo (o neoconstitucionalismos), una corriente que tiende a convertirse en una respuesta global, en una nueva cultura jurídico-política si se quiere, que se halla presente en todos los debates de la actual filosofía jurídica y política. A partir de la caracterización del modelo del Estado constitucional de derecho, el autor analiza cuatro modalidades o acepciones del neoconstitucionalismo que se desarrollan en torno a cuatro problemas también diferentes. En primer lugar, aborda el neoconstitucionalismo como filosofía política, como doctrina del Estado justo que considera el Estado constitucional de derecho como la mejor forma de organizar la sociedad política. En segundo lugar, se analiza la contribución del neoconstitucionalismo al debate teórico sobre la naturaleza de las normas o su interpretación y que permiten presentarlo como una importante renovación de la teoría positivista del derecho. En tercer lugar, el autor presenta la respuesta del neoconstitucionalismo en el debate conceptual a propósito de qué debemos entender por derecho y de cómo se explica su relación con la moral. Y, en cuarto lugar, nos presenta los modelos neoconstitucionalistas de ciencia jurídica. Finalmente, y a modo de conclusión, trata de responder al interrogante de si el neoconstitucionalismo supone una superación de la dialéctica entre iusnaturalismo y positivismo.

**Palabras clave:** neoconstitucionalismo, Estado constitucional, teoría del derecho, relación derecho-moral, ciencia jurídica

## ABSTRACT

The article offers a complete vision of the problems tackled by and the fundamental theses defended by neoconstitutionalism (or neoconstitutionalisms), a current which tends to be transformed into a global reply, a new political culture that is present in all contemporary debates on legal and political philosophy. After characterising the model of the constitutional state, the author analyses four types of neoconstitutionalism that are developed from four different problems. In the first place he deals with neoconstitutionalism as a political philosophy that considers the constitutional state as the best form of organising political society. He secondly analyses the contribution of neoconstitutionalism to the theoretical debate on the nature of norms and their interpretation which enables him to present it as a important renewal of the positivist theory of law. Thirdly the author gives the neoconstitutionalist reply in the conceptual debate about what should be understood by law and

how to explain its relationship with morality. Fourthly, he presents neoconstitutionalist models of legal science. Finally, by way of conclusion, he seeks to respond to the question whether neoconstitutionalism may be an alternative to the dialectic between iusnaturalism and positivism.

**Key words:** neoconstitutionalism, constitutional state, legal theory, law and morality, legal science.

## SUMARIO

1. Los presupuestos del neoconstitucionalismo; 2. El neoconstitucionalismo como filosofía política o doctrina del Estado justo; 3. La renovación de la teoría del Derecho positivista; 4. El neoconstitucionalismo y el concepto de Derecho: la cuestión de la conexión entre Derecho y moral; 5. Los modelos neoconstitucionalistas de ciencia jurídica; 6. Consideraciones finales: ¿supone el neoconstitucionalismo una superación de la dialéctica entre iusnaturalismo y positivismo?

### 1. LOS PRESUPUESTOS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Aun cuando la etiqueta circula cada día con mayor profusión en el mercado de las ideas, lo primero que llama la atención del neoconstitucionalismo es que parece ser una corriente de pensamiento con muy pocos militantes<sup>1</sup>; los autores que suelen citarse como principales impulsores del movimiento, muy heterogéneos entre sí por otra parte, no suelen calificarse a sí mismos como neoconstitucionalistas; y, a su vez, quienes hacen uso de esa expresión generalmente adoptan un sentido crítico y en ocasiones destructivo<sup>2</sup>. En mi opinión, la primera dificultad reside en el carácter gravemente ambiguo y extremadamente vago que presenta el uso de este neologismo: se puede enarbolar el neoconstitucionalismo en sentidos muy distintos y, luego, una vez fijado el sentido, tampoco resultan nada claros los rasgos o elementos que han de concurrir para ostentar legítimamente dicho título. Por eso creo justificado hablar de *neoconstitucionalismos*, en plural<sup>3</sup> Sin

---

1. Aunque, según M. Carbonell, “parece contar cada día con más seguidores”, lo que seguramente es cierto sobre todo en América Latina, “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, en *El canon neoconstitucional*, M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 161.

2. Por supuesto, hay excepciones, y creo que entre las más importantes la representada por A. García Figueroa, quien de modo expreso manifiesta el deseo de “contribuir sinceramente a su desarrollo” (del neoconstitucionalismo), “El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo”, en A. García Figueroa (coord.) *Racionalidad y Derecho*, CEPC, Madrid, 2006, p. 267; un deseo que se ha plasmado en la obra que, a mi juicio, más cabalmente asume una construcción neoconstitucionalista con vocación totalizadora, *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009.

3. Ya lo hizo M. Carbonell en el primero de sus volúmenes recopilatorios sobre la cuestión, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

duda, esto supone un defecto, pero entraña posiblemente también una virtud, y es que el neoconstitucionalismo tiende a convertirse en una respuesta global, en una nueva cultura jurídico-política si se quiere, que se halla presente en toda clase de debates; en los debates de filosofía política acerca del mejor modo de organizar las instituciones democráticas; en los conceptuales a propósito de qué debemos entender por Derecho y de cómo se explica su relación con la moral; en los metateóricos sobre la función de la ciencia jurídica y el enfoque más adecuado para la comprensión del Derecho; en los teóricos relativos a la naturaleza de las normas y de su interpretación, etcétera. De ahí la fuerte tendencia que se observa en las distintas versiones del neoconstitucionalismo a medir sus fuerzas con otras respuestas globales, singularmente con el positivismo y el iusnaturalismo. En suma, me parece que hay que dar la razón a una observadora externa, concretamente a una constitucionalista, cuando dice que estamos ante “un término acuñado para introducir y plantear en el terreno de la filosofía jurídica una discusión a propósito de los desafíos que diversos aspectos del funcionamiento de los sistemas constitucionales actuales lanzan a la teoría del derecho *tradicional*”<sup>4</sup>. Cualquiera que fuese el inventor de la palabra<sup>5</sup>, lo cierto es que, si bien hoy no existe *una* filosofía jurídica neoconstitucionalista, tampoco es fácil encontrar esferas de discusión mínimamente relevantes en las que no aparezca una posición así calificada, por lo común desempeñando una función crítica frente al positivismo.

Las distintas manifestaciones o formas de entender el neoconstitucionalismo presentan, sin embargo, un sustrato común, que es justamente el modelo de Estado constitucional de Derecho, principalmente en la versión que se desarrolla en Europa a partir de la II Guerra mundial y en algunos países iberoamericanos durante la última década del siglo pasado, aunque tampoco resulta extraño a la tradición jurídica norteamericana, como lo demuestra el ejemplo sobresaliente de Dworkin, uno de los más acreditados neoconstitucionalistas que expresamente construye su teoría a partir de la experiencia estadounidense. Ésta será la nueva realidad política y jurídica presuntamente inaccesible a los esquemas conceptuales del positivismo y cuya comprensión —y a veces también justificación— reclaman nuevos planteamientos y herramientas. Ahora bien, ¿cuáles son los rasgos singulares

---

4. M. A. Ahumada, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo”, en P. Comanducci, M. A. Ahumada y D. González Lagier, *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 134; una caracterización muy cercana en A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad*, cit., p. 60

5. P. Comanducci reivindica la paternidad para la escuela genovesa de teoría del Derecho, que a finales de los años noventa del siglo pasado comenzó a utilizar la expresión para referirse a ciertas tendencias postpositivistas de la filosofía jurídica contemporánea, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en el volumen *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, cit., p. 87. *Vid.* también, como exponente de esa escuela genovesa, la monografía de S. Pozzolo, *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001.

del Estado constitucional de Derecho? ¿Qué novedades aporta este modelo? Muy sintéticamente creo que pueden resumirse en los siguientes aspectos<sup>6</sup>:

1) *El reconocimiento de la incuestionable fuerza normativa de la Constitución.*

Ésta ya no se concibe en absoluto como un ejercicio de retórica política o como expresión de un catálogo de buenas intenciones, sino como una norma jurídica con la misma vocación conformadora que cualquier otra; mejor dicho, no con la misma, sino con una fuerza superior e indiscutible, pues la Constitución ostenta la condición de que este primer rasgo representa sobre todo una herencia norteamericana: la versión lockeana del contrato social se muestra aquí mucho más fecunda que la rousseauiana; lejos de confiar en una voluntad general en constante actividad racional, aunque devaluada luego a la condición empírica de la omnipotencia del legislador o, peor aún, del Ejecutivo, el Estado (neo)constitucional postula la fuerza normativa de la Constitución, concebida metafóricamente (pero con indudable trascendencia práctica) como un pacto originario nacido del poder constituyente y vinculante para todos, pero muy especialmente para los poderes de verdad, o sea, para los poderes constituidos. La soberanía popular donde reside el poder constituyente no es ninguna idea fantasmagórica, sino el único modo de evitar poderes soberanos o *legibus soluti*<sup>7</sup>. En todo caso, cualquiera que sea la justificación que quiera darse, sin la aceptación colectiva de que la Constitución es una norma y precisamente una norma suprema se desmorona el entero edificio constitucional.

2) *La rematerialización constitucional*, esto es, la incorporación al texto no sólo de normas formales, de competencia o procedimiento destinadas a regular el ejercicio de los poderes y la relación entre los mismos, sino también y sobre todo de normas sustantivas que pretenden trazar límites negativos y vínculos positivos a lo que dichos poderes están en condiciones de decidir legítimamente. Para usar la terminología de la Constitución española, los valores superiores, los principios y especialmente los derechos fundamentales representan la plasmación de esa extraordinaria densidad normativa que hace del Estado constitucional contemporáneo el contrapunto de lo que pudo ser el modelo kelseniano<sup>8</sup>. Y tal vez sea Ferrajoli el autor que con mayor empeño ha subrayado el alcance de esa transformación: el

---

6. He intentado una aproximación más detallada en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 107 y ss. *Vid.* también la certera aproximación de R. Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2001, pp. 153 y ss.

7. Como bien dice Ferrajoli, la virtualidad práctica de la idea de poder constituyente del pueblo es más bien de carácter negativo: que la soberanía pertenece a *todo el pueblo* significa ante todo que *no pertenece a nadie más*, *vid. Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma, Bari, 2007, § 13.2, vol. II, p. 12.

8. En efecto, Kelsen tal vez sea el autor que, tomándose en serio la fuerza normativa de la Constitución, más dificultades y cautelas mostró a la hora de incorporar al texto principios o derechos, en suma, límites materiales a la acción del legislador, y ello expresamente ante el temor de que los jueces se convirtiesen en los auténticos señores de la Constitución, *vid.* H. Kelsen, “La garantía

núcleo del paradigma garantista, que es lo mismo que decir del paradigma constitucionalista, consiste en la regulación no sólo del *quién* y del *cómo* se manda, sino también de *qué puede* mandarse y aún de *qué debe* mandarse. Si la regulación sólo de las formas caracteriza al Estado de Derecho en sentido débil, “la regulación de sus significados mediante normas sustantivas caracteriza en cambio al *constitucionalismo* y al *Estado de Derecho en sentido fuerte*, que exige que todos los poderes, incluso el legislativo, se hallen sometidos a límites y vínculos de contenido”<sup>9</sup>. Dicho de otro modo, en la fórmula garantista el respeto por las reglas de la democracia, esto es, por las formas y procedimientos de producción democrática de las leyes, es una condición necesaria y suficiente para asegurar la vigencia o validez formal, pero no así la validez sustancial de las decisiones: “para que una ley sea válida es además necesaria la coherencia de sus significados con las reglas y principios que bien podemos llamar normas sustantivas sobre la producción... Estas reglas son esencialmente las establecidas generalmente en la primera parte de las cartas constitucionales”<sup>10</sup>.

Adviértase que con ello se incorporan a la Constitución contenidos que proceden directamente de la moralidad. El viejo anhelo de positividad del Derecho natural se vería así realizado y su tradicional función de servir como contrapunto crítico al Derecho positivo se convertiría en condición de la validez jurídica de las leyes. Este fenómeno de la rematerialización constitucional es generalmente reconocido y se expresa con sorprendente unanimidad: la moral “ya no flota sobre el Derecho...(sino que) emigra al interior del Derecho positivo”<sup>11</sup>, de manera que “el conflicto entre Derecho y moral se desplaza al interior del Derecho positivo”<sup>12</sup>; cabe decir entonces algo metafóricamente que “el Derecho por principios encuentra al Derecho natural”<sup>13</sup> o que se ha producido una “fusión entre el Derecho constitucional y la teoría ética”<sup>14</sup> desde el momento en que “la moralidad pública (valores morales) se realiza eficazmente a través del Derecho”<sup>15</sup>; en suma, se aprecia un acercamiento ente “legitimación interna o deber ser jurídico y legitimación externa o deber ser extrajurídico”<sup>16</sup>. Dicho de un modo u otro, la conclusión es que

---

jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)” (1928), en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, J. Ruiz Manero (ed.), Debate, Madrid, 1988, pp.142 y ss.

9. L. Ferrajoli, *Principia Iuris*, cit., § 9.17, vol. I, p. 567.

10. L. Ferrajoli, “Sobre la definición de democracia. Una discusión con M. Bovero”, trad. de N. Guzman, *Isonomía*, 19, p. 230.

11. J. Habermas, “Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, en *Estudios sobre moralidad y eticidad*, trad. de M. Jiménez Redondo, Paidós, Barcelona, 1981, p. 168.

12. R. Dreier, “Derecho y moral”, en *Derecho y filosofía*, E. Garzón Valdés (comp.), Alfa, Barcelona, 1985, p. 74.

13. G. Zagrebelsky, *El Derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid 1995, p. 116.

14. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, p. 233.

15. G. Peces-Barba, *Ética pública y Derecho*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1993, p. 32.

16. L. Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 1995, p. 366.

merced a las Constituciones, la moral —es decir, los venerables derechos naturales— ha hecho acto de presencia en el Derecho, más concretamente en la cúspide del Derecho. Y justamente aquí reside la diferencia: el orden jurídico siempre ha incorporado normas sustantivas que pretenden decir a sus destinatarios qué es lo que pueden o no hacer; la novedad es que ahora los destinatarios son también los poderes públicos, cuya conducta se expresa a su vez en forma de normas jurídicas cuya identificación exige apelar a conceptos morales. La moral incorporada a la constitución se revela entonces como el parámetro, no ya de la justicia, sino de la propia validez de las demás normas; y la divergencia entre moral y Derecho se traslada al interior del orden jurídico como una divergencia entre Constitución y ley. Recordando la conocida distinción kelseniana entre sistemas estáticos (morales) y dinámicos (jurídicos), cabe decir que el constitucionalismo contemporáneo fortalece la dimensión estática del Derecho.

3) *La garantía judicial y la aplicación directa de la Constitución.* La garantía judicial no es más que una consecuencia de tomarse en serio la fuerza normativa suprema de la Constitución: si ésta es una norma, su exigibilidad puede hacerse valer ante los órganos específicamente encargados de esa tarea, es decir, ante los jueces. En general, los Estados constitucionales europeos han optado por un modelo de jurisdicción concentrada y de juicio abstracto y negativo de leyes; de manera que es un peculiar Tribunal Constitucional el encargado de declarar la eventual invalidez de las leyes contrarias a la Constitución mediante un procedimiento que sólo puede ser instado por cualificados sujetos políticos, como el Gobierno o un cierto número de parlamentarios. Sin embargo, con ser esto importante, sobre todo desde la óptica legalista de la tradición europea, no es a mi juicio lo más importante. Y no es lo más importante porque si la garantía judicial de la Constitución se limitase a la fórmula del recurso abstracto, aquélla difícilmente podría escapar de las estrechas fronteras que dibujan la vida “interna” del Estado y la relación entre sus poderes; no ya porque el Tribunal Constitucional sea un órgano de designación política, sino principalmente porque la formulación de ese recurso se halla fuertemente restringido y, a la postre, forma parte de la propia estrategia política y parlamentaria de los partidos. La idea kelseniana del legislador negativo parece plenamente ajustada: el procedimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal tiende a concebirse como una prolongación del procedimiento legislativo en las Cámaras, y de hecho es corriente que en los debates parlamentarios se advierta o negocie sobre la interposición de un futuro recurso.

Lo decisivo es por ello la aplicación directa por parte de los jueces ordinarios, lo que significa que la Constitución desborda los límites del “mundo político” y de la relación entre los poderes para invadir el conjunto del ordenamiento. Que la *interpositio legislatoris* haya dejado de ser una mediación necesaria supone así que los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución *a través* del legislador, sino que lo hacen directamente, y, en la medida en que merced a la comentada rematerialización aquélla disciplina numerosos aspectos sustantivos, ese acceso se produce de modo permanente, pues es difícil encontrar un problema jurídico

medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional<sup>17</sup>. Esto es, los derechos fundamentales y las demás cláusulas materiales no se presentan sólo como condiciones de validez de las leyes, sino como normas con vocación de regular cualquier aspecto de la vida social, incluidas por ejemplo las relaciones entre los particulares. De este modo, la normativa constitucional deja de estar “secuestrada” dentro de los confines que dibujan las relaciones entre órganos estatales, para asumir la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar. No es necesario añadir el protagonismo que con todo ello cobran los jueces, que de mudos ejecutores de la ley se han convertido en instancias críticas de la voluntad legislativa a partir de una interpretación constitucional que, como se verá, tiene mucho que ver con el razonamiento moral.

Si no me equivoco, nadie pone hoy en duda la aplicación directa de la Constitución. Podrá discutirse el alcance de la misma, sobre todo cuando sus preceptos pretenden hacerse valer en las relaciones jurídico privadas o cuando adoptan una fisonomía *principal* o poco concluyente, pero que la Constitución tiene siempre algo que decir parece fuera de duda. El problema surge cuando la aplicación de la Constitución parece ofrecer una solución distinta a la avalada por la ley; más claramente, cuando la ley pertinente para regular el caso se juzga inconstitucional o no proporciona la que parece mejor respuesta desde una perspectiva constitucional. En tales casos el sistema ofrece dos técnicas: la llamada *interpretación conforme*, que consiste en seleccionar aquellos significados (aquellas normas) de la disposición legal que mejor se adecuen al texto constitucional, excluyendo los incompatibles o no conformes; y la *cuestión de inconstitucionalidad*, que debería entrar en juego cuando el juez considerase que ninguno de los posibles significados legales son compatibles con la Constitución, formulando entonces la correspondiente pregunta al Tribunal Constitucional. Pero esto sólo en principio.

Tal vez uno de los hallazgos más celebrados del judicialismo neoconstitucionalista haya consistido en abrir la posibilidad de una jurisdicción difusa en el entramado institucional de un modelo de jurisdicción concentrada. Dicho más claramente, en la posibilidad de ensayar técnicas desaplicadoras de la ley en sistemas que reservan el control de constitucionalidad a un Tribunal Constitucional separado de la jurisdicción ordinaria. Básicamente, esta operación de ingeniería judicial comprende los siguientes pasos: primero, obviamente, no poner en duda la constitucionalidad de la ley, algo que obligaría a plantear la cuestión. Segundo, considerar sin embargo que resulta injusta o inadecuada para regular el caso al implicar (insisto: en el caso) un sacrificio desproporcionado de algún principio o derecho fundamental también relevante. Tercero, construir un conflicto de principios o derechos; concretamente un conflicto entre los principios o derechos que están

---

17. Con la consecuencia añadida de lo que R. Guastini ha llamado la sobreinterpretación constitucional: “cuando la Constitución es sobreinterpretada no quedan espacios vacíos de —o sea, *libres* del— derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (quizás aún, minuciosamente regulada) por una u otra norma constitucional”, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, cit., pp. 159-160

detrás de la ley, que se ven realizados o satisfechos por ésta, y aquellos otros en pugna que aparecen sacrificados. Cuarto, argumentar a partir de las reglas de la ponderación. Y quinto, finalmente, aplicar directamente el precepto constitucional triunfante (en el caso) con la consiguiente desaplicación del precepto derrotado y de la ley dictada a su amparo; o bien, alternativamente, buscar una *concordancia práctica* que en puridad no supone el triunfo de ningún principio o derecho, sino el diseño de una respuesta intermedia de matriz genuinamente judicial. Que este género de operaciones pueda en ocasiones parecer discutible en el marco de un sistema de jurisdicción concentrada no impide ver en ellas un síntoma de la creciente penetración de rasgos propios del sistema difuso.

Pero si el modelo de jurisdicción concentrada y control abstracto ha terminado conjugándose con elementos propios de la jurisdicción difusa y del control concreto, parece que también la imagen del Tribunal Constitucional como legislador estrictamente negativo debe ser revisada. La práctica del neoconstitucionalismo no acepta una concepción tan angosta de la función jurisdiccional como instancia *sólo* anuladora. De un lado, las sentencias interpretativas en las que el Tribunal, conservando la validez de la disposición legal, informa acerca de cómo debe interpretarse o de qué interpretaciones han de excluirse, revelan una concepción colegisladora de la jurisdicción, que en España ha llegado al paroxismo en algunos ámbitos; en particular el régimen de las Comunidades Autónomas es casi tanto un diseño legal o estatutario como jurisprudencial. Por otra parte, las sentencias aditivas o manipulativas suponen una legislación claramente positiva en la medida en que extienden una disciplina normativa a favor de personas o supuestos inicialmente no contemplados en la norma. Herramienta fundamental al servicio del principio de igualdad, estas sentencias, con todas las limitaciones que se quiera, suponen una peculiar modalidad judicial de colmar las lagunas u omisiones legislativas<sup>18</sup>; y, por cierto, no veo ninguna dificultad para que esta técnica, tal vez bajo los ropajes del argumento analógico, sea usada por el juez ordinario en aplicación directa del principio de igualdad.

4) *Rigidez constitucional*. No creo que una especial rigidez sea condición de la supremacía constitucional<sup>19</sup>, pero tampoco cabe duda de que las distintas fórmulas que dificultan la reforma del texto contribuyen a fortalecer su vigor frente a los poderes constituidos. En general el constitucionalismo europeo contemporáneo resulta bastante rígido y no es infrecuente que incorpore incluso cláusulas de

---

18. *Vid.* M. Gascón Abellán, “Los límites de la justicia constitucional: el Tribunal Constitucional entre jurisdicción y legislación”, en *Constitución: problemas filosóficos*, F. Laporta (ed.), CEPC, Madrid, 2003, pp. 165 y ss; también F. J. Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

19. He tenido oportunidad de discutir este aspecto en “Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución”, en *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a H. Fix-Zamudio*, E. Ferrer y A. Zaldívar (coords.), UNAM, México, 2008, vol. I, pp. 805.

intangibilidad<sup>20</sup>. Pero sus intérpretes se muestran a veces más rigurosos; Ferrajoli, por ejemplo, considera que la rigidez es no ya una garantía constitucional, sino una característica estructural o esencial al propio concepto de Constitución: retorciendo un famoso argumento mayoritarista que reprocha a la rigidez “atar las manos de las generaciones futuras”, escribe que, más bien al revés, la rigidez sirve para atar las manos de las generaciones del presente a fin de impedir que amputen las suyas a las del futuro. Por lo demás, viene a sostener que, más allá de lo establecido de modo explícito por la Constitución italiana, la intangibilidad alcanza tanto a los derechos fundamentales como a ciertas reglas organizativas, entre ellas la propia fórmula democrática<sup>21</sup>.

En resumen, los presupuestos jurídicos y políticos que sirven de anclaje al neoconstitucionalismo son bastante diferentes de los que tuvo ante sí el positivismo decimonónico, incluso en las versiones más liberales del viejo Estado de Derecho. Frente a un constitucionalismo retórico, programático o de catecismo político, la resuelta afirmación de la fuerza normativa y vinculante de la Constitución. Frente a un constitucionalismo meramente formal que suponía que la Constitución sólo podía hablar de la “política” y de sus protagonistas porque del “mundo” ya hablaría el legislador, la afirmación de una Constitución dotada de una extraordinaria densidad normativa que proporciona razones justificatorias (es verdad que con frecuencia contradictorias) en todos los ámbitos de la vida social y en sus más insospechados conflictos. Frente a una Constitución “secuestrada” por un especialísimo Tribunal encargado sólo de pronunciar la invalidez de las leyes con total abstracción de sus supuestos de aplicación y a instancias únicamente de los propios sujetos que intervienen en su producción, el desarrollo de fórmulas de “legislación-jurisdicción” positiva y, sobre todo, la afirmación de una Constitución directamente aplicable por el conjunto de los operadores jurídicos.

Confío en que ésta sea una descripción bastante fiel (aunque inevitablemente sintética y poco matizada) de lo que supone el constitucionalismo contemporáneo o, al menos, de sus tendencias más acusadas. Sin embargo, a partir de aquí no ha nacido una concepción unitaria o estándar acerca de los principales problemas del Derecho o de las prácticas jurídicas; con razón se ha dicho que el neoconstitucionalismo es un auténtico cajón de sastre al que se adscriben, o son adscritas, las más heterogéneas y hasta contradictorias posiciones<sup>22</sup>; por ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, suelen incluirse bajo el “paradigma constitucionalista” autores como R. Dworkin, N. MacCormick, J. Raz; R. Alexy, C. S. Nino o L. Ferrajoli<sup>23</sup>, aunque yo añadiría inexcusablemente a Zagrebelsky, tal vez el jurista dogmático que de una manera más clara e inteligente elabora una explicación del sistema jurídico en

20. Así, el artículo 288 de la Constitución portuguesa enumera hasta catorce materias sustraídas a toda revisión.

21. Vid. L. Ferrajoli, *Principia Iuris*, cit., §§ 13.17 y 13.18, vol. II, pp. 87 y ss.

22. Vid. C. Bernal, “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, en *Teoría del neoconstitucionalismo* M. Carbonell (ed.), Trotta, Madrid, 2007, p. 301.

23. Vid. M. Atienza, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 309.

términos neoconstitucionalistas. En realidad, y dada la vocación totalizadora del neoconstitucionalismo, parece difícil escribir de filosofía del derecho sin abordar alguna de sus temáticas. Sea como fuere, es posible identificar distintos neoconstitucionalismos que se desarrollan en torno a problemas también diferentes. Aquí comentaremos cuatro modalidades o acepciones, pero advirtiendo que ni están implicadas entre sí, de manera que en principio es posible adherirse a cualquiera de ellas sin necesidad de asumir las demás; ni por otro lado su presentación cuenta tampoco con un esquema canónico o incontrovertido de tesis fundamentales. Dichas modalidades son las que seguidamente se estudian.

## 2. EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO FILOSOFÍA POLÍTICA O DOCTRINA DEL ESTADO JUSTO

Este es el significado menos problemático desde el punto de vista de la filosofía del Derecho, pues en realidad afirma algo ajeno al propio derecho: básicamente, que el modelo que acabamos de describir representa hoy la óptima o la mejor forma de organizar la sociedad política. Por tanto, que es bueno o justo que los poderes constituidos se organicen y actúen con arreglo a una norma superior que establece la forma democrática como procedimiento para la designación de los legisladores y cargos públicos, pero, sobre todo, que establece una tupida constelación de valores morales y de derechos fundamentales que limitan o vinculan la acción de los primeros; y que asimismo es bueno o justo contar con un poder judicial independiente encargado de fiscalizar ese sometimiento del poder al Derecho, pudiendo pronunciar la nulidad de cualquier decisión o norma que, tanto por motivos formales como sustantivos, vulnere lo decidido por esa norma suprema; o incluso encargado de suplir al legislador en los casos en que éste no ha desarrollado las adecuadas garantías para un determinado derecho.

Pero que sea el significado para nosotros menos problemático no quiere decir que carezca de problemas. Todo lo contrario. Aun cuando estamos acostumbrados a hablar de la “democracia constitucional” o del “constitucionalismo democrático” como si se tratase de un binomio inescindible, lo cierto es que entre el ideal constitucionalista y el ideal democrático se advierte una tensión difícil de superar. Al fin y al cabo, como señala Elster, “la lógica fundamental del ejercicio constituyente sigue siendo que una mayoría simple decide que esa mayoría simple no es el mejor procedimiento para decidir sobre algunos temas”<sup>24</sup>. En una imagen bastante expresiva, las relaciones entre ley y Constitución pueden compararse con el flujo y reflujo de las mareas, de manera tal que el avance de la ley implica el retroceso de la Constitución, y el mayor protagonismo de esta última supone

---

24. J. Elster, “Régimen de mayorías y derechos individuales”, en *De los derechos humanos*, S. Shute y S. Hurley (ed.), trad. de M. Valencia, Trotta, Madrid, 1998, p. 169.

la bajamar de la ley<sup>25</sup>: cuanto mayor sea el ámbito de la Constitución, menor resulta la esfera de libre disposición para el legislador. Desde luego, la tensión comentada nos acompaña desde los albores del régimen liberal y de ella fueron muy conscientes numerosos teóricos del constitucionalismo revolucionario<sup>26</sup>, pero comprensiblemente ha de acentuarse en el marco de un constitucionalismo “invasivo” que pretende encadenar al Ulises legislador al palo de una Constitución rematerializada que tiene respuesta para (casi) todo<sup>27</sup> y que, por si fuera poco, deja en manos de los jueces la última palabra sobre las cuestiones controvertidas. He aquí el núcleo de la objeción democrática que abiertamente milita contra los presupuestos en que se asienta el neoconstitucionalismo y que, como reacción al mismo, viene creciendo en los últimos tiempos<sup>28</sup>.

De modo particular, creo que esa crítica no se orienta tanto hacia la existencia misma de una ley fundamental sobre las leyes ordinarias, pues una mínima Constitución por escuálida que sea siempre parece necesaria, sino a su creciente densidad normativa en forma de valores, principios y derechos y, sobre todo, al decidido judicialismo en que al parecer necesariamente desemboca dicho modelo<sup>29</sup>. En pocas palabras, las Constituciones del neoconstitucionalismo parecen querer asfixiar la libertad política del legislador y con ello la propia democracia; y esto porque dicen demasiado a propósito de demasiadas cosas y con frecuencia de manera demasiado imprecisa o indeterminada, dejando en manos de un cuerpo elitista (los jueces) la última palabra sobre cuestiones discutidas y discutibles que deberían ser

---

25. La imagen es varias veces utilizada por F. Laporta, “El ámbito de la Constitución”, *Doxa*, 24, 2001, p. 460; y luego en el riguroso ensayo *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, p. 220.

26. *Vid.*, por ejemplo, Th Paine, *Derechos del hombre* (1791), ed. de F. Santos Fontela, Alianza, Madrid, 1984, p. 217.

27. Es corriente comparar metafóricamente el acto constituyente por el que una colectividad se impone a sí misma no adoptar en el futuro ciertas decisiones —las prohibidas por la Constitución— con la imagen de Ulises encadenado para no caer seducido por el canto de las sirenas. *Vid.* J. Elster, *Ulises y las sirenas: estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, trad. de J. J. Utrilla, FCE, México, 1989; del mismo autor, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, trad. de J. Mundó, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 111 y ss.

28. La literatura sobre la objeción democrática es amplia y antigua, pero *vid.* entre nosotros, P. de Lora, “Justicia constitucional y deferencia al legislador” y J. C. Bayón, “Derechos, democracia y Constitución”, ambos en *Constitución: problemas filosóficos*, cit., pp. 345 y ss. y 399 y ss; F. Laporta, *El imperio de la ley*, cit., pp. 219 y ss. Particular atención presta a este problema el reciente y ya citado volumen *El canon neoconstitucional*, con trabajos de J. C. Bayón, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, pp. 409 y ss; V. Ferreres Comella, “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática”, pp. 477 y ss.; R. Vázquez, “Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario”, pp. 505 y ss; R. Gargarella, “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: El ‘constitucionalismo popular’ frente a la teoría de Nino”, pp. 529 y ss; y G. Zagrebelsky, “Realismo y concreción del control de constitucionalidad: El caso de Italia”, pp. 553 y ss.

29. Es generalmente aceptado que “el neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial”, M. Carbonell, “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, cit., p. 163.

acordadas por las generaciones del presente a través del legislador democrático. Que digan demasiado equivale a cercenar la esfera de la legislación, y que lo hagan de forma demasiado imprecisa equivale a fortalecer la figura del juez; por uno y otro lado la ley pierde valor y virtualidad<sup>30</sup>. Un ejemplo sobresaliente de esta perspectiva crítica: si, como afirma el neoconstitucionalismo, “no hay ámbito de libre configuración (para el legislador) y, por tanto, inmunes a la corrección por parte de los órganos judiciales, no quedará espacio para una sociedad que ejerza la política, sino que todos pasaremos a ser súbditos del supremo órgano político y no democrático, la judicatura. Si toda decisión política, absolutamente toda, se puede cuestionar ante los tribunales en nombre de los derechos, la política dejará de ser una actividad social autónoma”<sup>31</sup>.

Naturalmente, la justificación de estas críticas será mayor o menor según sea la densidad normativa de las Constituciones y el grado de judicialismo que éstas sostengan o alienten, aspectos que tampoco son uniformes en todos los sistemas, ni defendidos con igual empeño entre los neoconstitucionalistas, es decir, entre aquellos que de un modo u otro consideran plausible el modelo. Incluso algunos que tal vez pudieran merecer la etiqueta de neoconstitucionalistas en otros aspectos, han reaccionado con cierta energía contra ese activismo judicial más o menos propiciado por las Constituciones contemporáneas. Singularmente, creo que este es el caso de Habermas, cuyo proyecto supone una impugnación directa de muchos de los rasgos o elementos que aquí hemos formulado como presupuestos mismos del neoconstitucionalismo: crítica de la rematerialización constitucional y limitación estricta del catálogo de derechos fundamentales, con expresa exclusión de los sociales; comprensión de los derechos en términos de defensa más que de elementos objetivos o “valores” susceptibles de impregnar o irradiar sobre el conjunto del ordenamiento y de su interpretación; asignación al Tribunal Constitucional y a los propios derechos de una función instrumental al servicio de la democracia y bajo una óptica autorrestrictiva; eliminación de cualquier forma de legislación positiva por parte de los jueces, etc. En pocas palabras, el Tribunal Constitucional “sólo puede conservar su imparcialidad si resiste la tentación de cubrir su ámbito de interpretación con juicios valorativos de tipo moral”, pues su misión ha de ser vista como la de un “defensor de la democracia deliberativa” y “de ahí que el control abstracto de normas haya de referirse ante todo a las condiciones de la génesis democrática de las leyes”<sup>32</sup>: obsérvese, ante todo no a su contenido prescriptivo sino a las condiciones de su génesis, o sea, a su modo de producción, que es, en resumidas cuentas, lo que

30. Vid. A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad*, cit., p. 110.

31. J. A. García Amado, “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en *Teoría del neoconstitucionalismo*, cit., p. 254.

32. J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Introducción y trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pp. 184 y ss. y 311 y ss., en particular pp. 338 y 349.

proponía Kelsen en su modelo de Tribunal Constitucional, un modelo de extrema deferencia hacia el legislador.

Con todo, no cabe duda de que el constitucionalismo contemporáneo propicia un inevitable grado de activismo judicial, al menos si examinamos la cuestión desde la perspectiva europea (no tanto norteamericana) donde el paradigma o ideal de juez sigue siendo el de un sujeto cuya boca pronuncia las palabras de la ley y, al menos cuando hay ley, sólo de la ley. Se podrá limitar el número de derechos fundamentales o, al menos, de derechos susceptibles de garantía judicial, o se podrá también alimentar una mentalidad autorrestringida en la justicia constitucional, pero en la medida en que se reconozca —y hoy esto parece indiscutible en nuestros sistemas jurídicos— que todos los jueces pueden y deben aplicar directamente las cláusulas sustantivas de la constitución a la resolución de todo tipo de conflictos, es difícil no ver en su actuación un serio competidor o una seria amenaza a la voluntad antes soberana del legislador, expresada a través de sus palabras y también de sus silencios. Aquí reside a mi juicio el desafío fundamental del neoconstitucionalismo al viejo Estado legislativo de Derecho: no tanto en que exista una Constitución que vertebré la organización política, ni siquiera en la presencia de un Tribunal Constitucional que controle la regularidad formal del ejercicio de los poderes públicos, sino más bien en el amplísimo abanico de principios sustantivos y de derechos a disposición de la jurisdicción ordinaria para ser utilizados en cualquier clase de proceso, y no ya sólo en el recurso abstracto de inconstitucionalidad. Ante esta realidad, por supuesto cabe adoptar la posición de Habermas y de otros muchos, recomendando “menos Constitución” o “Constituciones más débiles”. Pero en general no es esto lo que hacen los autores neoconstitucionalistas: frente a la objeción de que la Constitución dice demasiado y con ello limita el margen de acción democrática, se replica que también la constitución es una expresión de la democracia. Y frente a la objeción de que dice las cosas de modo demasiado impreciso y con ello incrementa la discreción judicial, se replica con una reformulación de la propia teoría de la interpretación. Ferrajoli y Dworkin encarnan buenos ejemplos de estas dos réplicas.

En efecto, Ferrajoli ha reaccionado con bastante energía a las críticas u objeciones democráticas: primero, como ya vimos, para defender la rigidez e incluso la intangibilidad de los aspectos fundamentales de la Constitución; y segundo, para reformular el concepto de democracia no ya en términos de votos, sino de derechos. En el constitucionalismo garantista queda cancelada la tensión entre democracia y Constitución, entre decisión mayoritaria y derechos, que tanto preocupa a la concepción que el propio autor llama *politicista* o *mayoritarista*. No hay espacio para la conocida objeción *contramayoritaria* porque no se conciben dos fuentes de legitimidad en permanente conflicto: los límites y vínculos que pesan sobre el legislador son “a su vez democráticos, ya que consisten en derechos fundamentales, que son derechos de todos, y hacen referencia por tanto al pueblo —como conjunto de personas de carne y hueso que lo componen— en un sentido más directo y consistente de cuanto lo hace la propia representación política. Son *contra-poderes*, fragmentos de soberanía popular en manos de todos

y cada uno”<sup>33</sup>. La democracia es al mismo tiempo formal o basada en los votos y sustancial o basada en los derechos, desmintiendo la divulgada concepción “de la liberal-democracia como sistema fundado sobre una serie de reglas que aseguran la omnipotencia política de la mayoría y la absoluta libertad de la economía de mercado”, pues precisamente la garantía tanto de la autonomía política como de la negocial reside, “con aparente paradoja”, en su inderogabilidad política y en su indisponibilidad privada; es decir, en representar junto con los demás derechos fundamentales, un límite infranqueable frente a los poderes mayoritarios y del mercado<sup>34</sup>. En resumen, el paradigma del Estado constitucional, heredero de la filosofía contractualista supone que el consenso de los contratantes “no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusula y como razón social la garantía de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto, hasta la insurrección y la guerra civil”<sup>35</sup>. Si no me equivoco, Ferrajoli se sitúa aquí en las antípodas de Habermas y, con ello, se constituye en el más cabal defensor del neoconstitucionalismo en la acepción ahora comentada: si el autor alemán termina por disolver los derechos y sus garantías jurisdiccionales en el altar de la democracia deliberativa, el profesor de Roma hace todo lo contrario, ofrecer una lectura de la democracia en términos de derechos y no sólo de votos.

La segunda objeción encuentra su réplica en las posiciones neoconstitucionalistas que pudiéramos llamar más radicales o totalizadoras. Éstas consisten más bien en negar la mayor, en negar que el juez que aplica los principios sustantivos de la Constitución esté realmente ocupando la posición del legislador; no ya porque tales principios sean *también* democráticos, sino porque no es cierto que su aplicación implique un abusivo ejercicio de subjetividad como dicen los críticos, todo ello a partir de una reformulación del propio concepto de Derecho. En este sentido, García Figueroa observa que el neoconstitucionalismo propicia una mayor *actividad* judicial, pero no un mayor *activismo*, puesto que su modelo de juez no actúa según los viejos parámetros del realismo, sino firmemente comprometido con un razonamiento práctico a partir de principios que son al tiempo morales y jurídicos<sup>36</sup>; hasta el punto de que, en la fórmula de Dworkin, su horizonte no es el ejercicio de discrecionalidad, sino la unidad de solución correcta. Esto significa que el juez del neoconstitucionalismo es más *activo*, pero no más (sino menos) libre. Luego hemos de volver sobre esta cuestión, pero baste decir ahora que la apertura del Derecho a la moral a través de la argumentación representa el antídoto frente al riesgo de una discreción judicial excesiva y, en algunas presentaciones,

---

33. L. Ferrajoli, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. de A. Greppi, Trotta, Madrid, 2006, pp. 99 yss.

34. De ahí que las funciones judiciales de garantía, aunque antimayoritarias, resulten sin embargo democráticas: “en el sentido de que, siendo garantía para todos, tales funciones se refieren al pueblo entero, no ya como representación de su mayoría, sino como conjunto de todas las personas que lo componen”, *Principia Iuris*, cit., § 12.7, vol. I, p. 877.

35. L. Ferrajoli, *Principia Iuris*, cit., § 11.18, vol. I, p. 823.

36. A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad*, cit., pp. 51 y más ampliamente 110 y ss.

incluso la garantía de una unidad de solución justa *a la luz* de la constitución. A una objeción política el neoconstitucionalismo responde con una reformulación teórica; ante el reproche de “más judicialismo”, la defensa de “más y mejor razonamiento”. Adviértase que con ello el neoconstitucionalismo casi termina abrazando la imagen paleopositivista del juez “boca muda”, aunque, eso sí, por un camino mucho más sofisticado.

### 3. LA RENOVACIÓN DE LA TEORÍA DEL DERECHO POSITIVISTA

Si el neoconstitucionalismo entendido en la acepción que acabamos de estudiar tiene un carácter abiertamente normativo y ha de hacer frente a posiciones críticas no menos normativas, el sentido que ahora corresponde analizar presenta un carácter bastante diferente. La perspectiva teórica no es descriptiva en los mismos términos en que lo son las distintas dogmáticas, pero indudablemente ha de guardar una relación semántica con la realidad de los sistemas normativos a los que se refiere, pues su objetivo consiste en explicar la estructura y funcionamiento de los mismos. Básicamente, aquí se trata de preguntar si nuestros conceptos tradicionales acuñados en el marco del positivismo resultan explicativos o suficientemente explicativos a la luz de esa nueva realidad dibujada al comienzo. Tales conceptos, por lo que ahora interesa, suponen una teoría de las fuentes, una teoría de la norma y del sistema jurídico y una teoría de la interpretación; y, aun a riesgo de simplificar, podemos resumirlos en estas cinco palabras clave: legalismo o legicentrismo, coherentismo, reglas, subsunción y discrecionalidad. Como es natural, tampoco aquí las posiciones neoconstitucionalistas se muestran por completo uniformes, pero en líneas generales su teoría del Derecho puede resumirse en otras cinco palabras clave que en cierto modo se formulan como contrapunto a las anteriores: constitucionalismo en lugar de legalismo, conflictualismo en lugar de coherentismo, principios en vez de reglas, ponderación frente a subsunción y argumentación antes que discrecionalidad. En cualquier caso me interesa reiterar que el neoconstitucionalismo teórico no está necesariamente implicado con el resto de los sentidos analizados o por analizar. Algunos incluso consideran que es el único neoconstitucionalismo aceptable<sup>37</sup>, pero en cualquier caso su fortuna dependerá de su capacidad explicativa de las nuevas realidades.

La teoría de las fuentes del positivismo fue rotundamente legalista y esta imagen parece hoy insostenible por la sencilla razón de que, en el marco del constitucionalismo, la ley ha dejado de ser la fuente suprema del Derecho. Es casi una obviedad, pero si el positivismo acertaba al ser legalista<sup>38</sup>, el neoconstitucio-

---

37. Me parece que en general esta es la posición de la escuela genovesa. *Vid.*, por ejemplo, P. Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 75 y ss.

38. No puedo detenerme en esto, pero tampoco acertaba del todo: la realidad de los sistemas jurídicos de la Europa del XIX y comienzos del XX era al menos tan “reglamentista” como legalista,

nalismo acierta al mostrarse precisamente constitucionalista. Las consecuencias de este desplazamiento son diagnosticadas con sorprendente unanimidad por autores en este punto tan divergentes como Laporta y Zagrebelsky: “el parámetro constitucional...se ha tornado tan omnipresente y operante que las leyes han sido enviadas a un segundo plano y su validez misma ha sido desplazada a un terreno cercano a la incertidumbre”, lo que determina que “la ley esté en permanente interinidad y en posición subalterna”<sup>39</sup>. El Derecho y la justicia ya no se reducen a lo que establece una ley omnipotente, sino que “la ley expresa, por el contrario, las combinaciones posibles entre los principios constitucionales” y se configura así “como derecho particular y contingente”, expresión temporal de una mayoría pasajera<sup>40</sup>. Por supuesto, la ley sigue siendo una fuente del Derecho (la segunda, no ya la primera) y dispone de una incuestionable esfera de libre configuración, pero en el contexto de una Constitución concebida como norma suprema y dotada de un denso contenido sustantivo su validez y aplicabilidad puede ser siempre cuestionada y sometida a revisión.

Con ser cierto, esto que acabamos de decir tal vez no da cuenta cabal de lo que para la decisión legislativa supone la existencia de un tipo de Constitución como el descrito. Porque de la “crisis de la ley” se viene hablando al menos desde los años treinta del siglo pasado y, desde luego, en dicha crisis que en algunos aspectos se mantiene y en otros incluso se ha ahondado no tiene ninguna culpa el neoconstitucionalismo. La cuestión entonces es si la presencia de Constituciones viene simplemente a sumar una nueva dolencia, una nueva crisis, o si, por el contrario, pudiera ayudar como terapia a la superación de viejas enfermedades. Y no pretendo plantear una disputa nominalista a favor de una u otra fuente, sino preguntarme si acaso los valores presentes en el ideal del “imperio de la ley”, que son los mismos valores del modelo jurídico nacido de la Revolución y que entraron en crisis en el Estado liberal decimonónico, pudieran ser hoy recobrados merced al constitucionalismo contemporáneo.

Como bien se comprende, el prestigio de la ley nunca ha residido en la desnuda definición positivista de ser una “orden que el soberano da a sus súbditos”. El prestigio de la ley se forja en la filosofía de la Ilustración, que la concibe como el vehículo o instrumento de todo un proyecto de racionalización del orden político y social: como las leyes científicas, las normas jurídicas tenían que diseñar una suerte de cartografía práctica capaz de garantizar la seguridad de las relaciones jurídicas y la igualdad formal de sus participantes; de ahí que frente al inseguro Derecho consuetudinario y al pluralismo jurídico del Antiguo Régimen, la ley haya de ser escrita, además en un estilo sencillo, claro e inequívoco, pública y susceptible de general conocimiento, estable o con vocación de permanencia, obra de un solo sujeto (el legislador o soberano no es sólo quien hace las leyes, sino

---

y la historia casi puede ser contada como un permanente combate (defensivo) de la ley frente a las prerrogativas del Ejecutivo.

39. F. Laporta, *El imperio de la ley*, cit., p. 159.

40. G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 97.

el único que puede hacerlas), reguladora omnicomprensiva y coherente de una cierta materia (eso es la codificación), dirigida a un sujeto también único (el *homo iuridicus*) y por ello mismo abstracta y general, es decir, “la misma para todos, tanto si protege como si castiga”. Y, en fin, por si faltara algo para ver en la ley una suerte de realización terrenal de la justicia, también debía ser “expresión de la voluntad general”<sup>41</sup>, lo que ha terminado interpretándose como “expresión de la voluntad del Parlamento”.

Seguramente, las leyes nunca han llegado a satisfacer por completo este modelo ideal o racional, pero parece bastante claro que en la actualidad la distancia que las separa del mismo es casi abismal. Es posible que la pérdida de prestigio de la ley comenzase a finales del propio siglo XIX con las corrientes antiformalistas que más tarde se prolongan en los distintos sociologismos y realismos, culminando en la Escuela de Derecho Libre, y que en conjunto pusieron de relieve que existía un Derecho más allá de la ley, que ésta muchas veces resultaba obsoleta para responder a las nuevas realidades y conflictos sociales, en suma, que no era capaz de asegurar esa aplicación mecánica y uniforme del orden jurídico que habían soñado los ilustrados. Sin embargo, desde entonces la práctica legislativa no ha hecho sino desmentir todas y cada una de sus supuestas cualidades: la ley no puede ser garantía de seguridad jurídica porque es efímera y circunstancial, y con frecuencia prolija o confusa; tampoco es ya el instrumento de la igualdad porque ha dejado de ser abstracta y general, multiplicándose las leyes-medida, las leyes singulares o que se agotan en una única aplicación; tampoco es única porque ni es único el legislador ni es capaz de contemplar la regulación coherente de una materia, concurriendo hoy en un mismo plano las leyes estatales con las (diecisiete) leyes autonómicas y todas ellas con las normas de procedencia europea; ni siquiera el legislador tiene la cortesía de regular cada cuestión en un solo texto, no resultando infrecuentes las leyes de objeto múltiple, un fenómeno que alcanza niveles casi cómicos en la Ley de acompañamiento a los Presupuestos; una amplísima esfera del Derecho discurre ya al margen de la ley, a través de los reglamentos, de los contratos colectivos o de la pura desregulación. En fin, ni siquiera puede decirse que las leyes sean escasas, como pregonaban los ilustrados, convirtiéndose en pura ficción la presunción de su general conocimiento<sup>42</sup>.

La cuestión es entonces si el constitucionalismo, que sin duda lesiona la pretensión de fuente suprema ostentada tradicionalmente por la ley, simplemente se suma a los síntomas de deterioro ya examinados, o puede coadyuvar en alguna medida a superarlos. Quizás desde un cierto optimismo —que en verdad no es probablemente la perspectiva más recomendable en estas materias— la

---

41. Los dos últimos fragmentos entrecomillados reproducen el famoso artículo 6 de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* de 1789. Sobre esta caracterización de la ley vid. G. Marcilla Córdoba, *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, CEPC, Madrid, 2005, pp. 79 y ss; también mi *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 5 y ss.

42. Vid. un análisis pormenorizado de estos y otros síntomas en G. Marcilla, *Racionalidad legislativa*, cit., pp. 155 y ss.

respuesta pueda ser positiva. El constitucionalismo de principios y las prácticas jurídicas que alienta, singularmente el desarrollo de la argumentación jurídica, puede verse como un estímulo para la ciencia de la legislación y, por tanto, para el diseño de leyes racionales o más racionales de lo que cabe esperar en un puro “modelo Westminster” de absoluta incondicionalidad de la ley. Como veremos, una aportación fundamental vinculada al neoconstitucionalismo es la exigencia de una depurada argumentación que imprima racionalidad a la aplicación de las cláusulas sustantivas (morales) de la Constitución pero, en la medida en que esa racionalidad se conciba como una condición de validez y también de aplicabilidad de las leyes, sus requerimientos se extienden al propio diseño legislativo<sup>43</sup>. Con todos los márgenes de acción estructural y de acción epistémica que se quiera, la razón práctica no queda en suspenso para el legislador que actúa sometido a una Constitución basada en derechos<sup>44</sup>. En suma, el constitucionalismo supone casi por definición una postergación de la ley, pero no parece que contribuya a la llamada “crisis de la ley”, que es en buena parte una crisis imputable a los propios agentes políticos. Más bien cabe confiar en lo contrario.

El necesario abandono del legalismo o del legicentrismo puede ser el más llamativo efecto operado en la vieja teoría del Derecho positivista, pero no es ni de lejos el más importante. Las más profundas transformaciones no aparecen explicitadas en los documentos constitucionales, ni son tal vez tan evidentes, sino que surgen poco a poco en las prácticas jurídicas que aquellos textos alientan. Antes quedó dicho que una de las características de las Constituciones contemporáneas es que “tienen respuesta(s) para todo”, que no hay problema jurídico medianamente serio que no encuentre alguna orientación de sentido en la preceptiva constitucional, y con frecuencia más de una. Más técnicamente, esto suele llamarse el efecto impregnación o irradiación<sup>45</sup>: los valores, principios y derechos fundamentales desbordan el marco constitucional e inundan, invaden o saturan el sistema jurídico en su conjunto, de manera que en puridad desaparecen las rígidas fronteras entre cuestiones constitucionales y cuestiones legales; ley y Constitución comparten el mismo campo de juego y es preciso abandonar la concepción “topográfica” que idealmente dividía el mundo jurídico en dos esferas escindidas, la esfera de lo que el legislador podía decidir libérrimamente y la esfera de lo que no podía decidir

---

43. Vid. M. Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997. Que el constitucionalismo puede contribuir a una mayor racionalidad legislativa es subrayado por G. Marcilla, *Racionalidad legislativa*, cit., p. 313 y ss; y por A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad*, cit., pp. 52 y ss.

44. La preocupación ante una posible asfixia de la libertad política del legislador por obra de una Constitución invasiva no es desde luego nueva, pero constituye el hilo conductor del “Epílogo” a la *Teoría de los derechos fundamentales* de R. Alexy, trad. de C. Bernal, CEPC, Madrid, 2007, pp. 511 y ss.

45. El “efecto irradiación” (*Ausstrahlungswirkung*) suele aludir en la doctrina alemana a la eficacia o proyección de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho privado. Aquí se usa en un sentido más general. De impregnación habla R. Guastini en “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, cit., p. 154.

en absoluto. Para ilustrarlo con un ejemplo, en el Estado de Derecho legislativo nadie hubiese dicho que una ordenanza municipal que prohíbe la alimentación de las palomas en los parques públicos entrañase un problema de relevancia constitucional, pues la Constitución nada establecía (ni establece hoy expresamente) sobre este asunto. Y, sin embargo, el caso comentado fue objeto de tratamiento como un conflicto entre derechos o principios constitucionales, lo que suponía someter a control una decisión política en apariencia no condicionada<sup>46</sup>. De entrada, esto significa que cuando un operador jurídico aplica una ley o cualquier otra norma (la ordenanza municipal), viene también llamado a aplicar la Constitución, esto es, los derechos que aparecen implicados, debiendo preguntarse si la mejor respuesta legal es asimismo la mejor respuesta constitucional. Lo que interesa ahora no es cómo despeje el interrogante, que puede conducir a una *interpretación conforme* de la ley o, si ello no es posible, a un juicio o pronóstico de inconstitucionalidad acerca de la misma o también, como antes se avanzó, a su mera desaplicación; lo que interesa subrayar es que, una vez tomados en consideración principios y derechos, el sistema jurídico que tenemos ante nosotros *ya no es el mismo* que antes. Y aquí aparece la segunda palabra clave: coherentismo. La teoría positivista construida en torno a la ley podía ser coherentista; el neoconstitucionalismo se muestra en cambio como conflictivista.

El anhelo positivista por construir un sistema jurídico coherente, aunque nunca del todo satisfecho en la práctica, contaba con buenos argumentos a su favor. Obviamente, siempre se ha sabido que las leyes podían resultar contradictorias y hasta forma parte de la naturaleza de los legisladores que éstos cambien o alteren las normas de sus predecesores. Sin embargo, el sistema podía mantenerse como básicamente coherente merced a dos rígidos criterios de resolución de antinomias: la norma superior deroga a la inferior, de acuerdo con la regla de ordenación jerárquica de las fuentes; y la norma posterior deroga a la anterior, de acuerdo con el carácter nomodinámico del Derecho y la cualidad inagotable de sus fuentes. Por supuesto, podían plantearse dudas acerca de cuál es la ley aplicable al caso concreto o de cómo interpretar su significado, pero en líneas generales el sistema ofrecía una imagen coherente; era la voluntad del legislador actual la que cristalizaba en la ley y la que debía hacerse operativa a través del juez.

No falta algún autor susceptible de ser adscrito al neoconstitucionalismo por otros conceptos y que no obstante sostiene esta imagen coherentista, no ya de la ley, sino de la Constitución misma, con lo que puede mantenerse fiel a esta faceta de la teoría positivista<sup>47</sup>. Pero no es esto lo que piensan en general los neoconstitu-

---

46. Tomo el ejemplo de R. Alexy, quien comenta una sentencia del Tribunal Constitucional alemán (BverfGE, 54, 143) para ilustrar la tesis del derecho general de libertad, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 303 y ss.

47. Me refiero a L. Ferrajoli, para quien la triada neoconstitucionalista de principios-conflictos-ponderación está básicamente errada y supone además una amenaza para los derechos fundamentales, pues presentar como conflictos de derechos lo que no son sino lesiones o violaciones de los derechos primarios (inmidades, libertades y derechos sociales) a manos de los derechos secundarios de

cionalistas. Para ellos, la Constitución no es como la ley, no encarna un momento político unitario aunque pasajero, sino un marco normativo más estable pero menos uniforme o coherente llamado a regir en los sucesivos momentos políticos; la constitución indica así una tendencia al pluralismo más que al monismo. De modo particular, esto ocurre en las Constituciones contemporáneas que pretenden expresar una posibilidad de coexistencia de proyectos políticos, lo que se traduce en una coexistencia de principios y derechos tendencialmente contradictorios. Creo que este es el argumento principal que recorre toda la obra de Zagrebelsky y me parece en lo esencial acertado para dar cuenta de lo que sucede en algunas Constituciones, como por ejemplo la española, que precisamente se quiso presentar como una Constitución de “consenso” que integraba (pero que no siempre logró conjugar de forma armónica) valores y principios políticos de distinta procedencia. La Constitución pluralista no es ni un mandato ni un contrato y, por eso, ni la teoría de la interpretación de la ley ni la del contrato resultan satisfactorias: no hay voluntad constituyente que pueda ser tratada como intención del legislador, ni siquiera de unas partes que llegan a un acuerdo. Lo que hay son “principios universales, uno junto a otro según las pretensiones de cada parte, pero faltando la regulación de su compatibilidad, la solución de las ‘colisiones’ y la fijación de los puntos de equilibrio”<sup>48</sup>; se produce, pues, lo que se ha llamado una pluralidad de “mundos constitucionalmente posibles”<sup>49</sup>. La Constitución no expresa entonces una cierta moral social mejor o peor perfilada, sino que, merced a su pluralismo de valores, entreaña y estimula una “metaética de Babel” que invita a construir cooperativamente (democrática y también judicialmente) un Derecho más líquido y fluido<sup>50</sup>.

Los conflictos intraconstitucionales presentan una fisonomía muy particular. Acabamos de citar dos criterios de resolución de antinomias, el jerárquico y el cronológico, que como es obvio resultan inservibles en el marco interno de la Constitución. Los juristas suelen acudir a un tercer criterio más prometedor, el llamado de especialidad, en cuya virtud ante un conflicto debe preferirse la nor-

---

autonomía negocial y política supone un indebido debilitamiento de los primeros por obra de unos derechos que son en realidad poderes. El argumento se reitera varias veces en *Principia Iuris*, cit., vid. por ejemplo § 13.14, vol. II, p. 72. Por lo demás, la posición de Ferrajoli puede adscribirse a una más amplia corriente que se suele conocer como “teoría interna” de los derechos fundamentales, cuyo argumento básico es justamente el coherentismo, la posibilidad de concebir los derechos y principios constitucionales como un sistema internamente coherente. Una reciente exposición de las teorías interna y externa, coherentista y conflictualista, en G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 2010, pp. 143 y ss.

48. G. Zagrebelsky, “Storia e costituzione”, en *Il futuro de la costituzione*, G. Zagrebelsky, P. Portinaro y J. Luther (eds.), Einaudi, Torino, pp. 76 y ss.

49. La expresión es de J. J. Moreso, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, CEPC, Madrid, 1997, p. 167.

50. La expresión “metaética de Babel”, procedente de Waldron, la tomo de A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad*, p. 34 y s, quien significativamente hace del pluralismo el punto de partida del neoconstitucionalismo.

ma especial sobre la general, es decir aquélla que contempla en su condición de aplicación un mayor número de propiedades caracterizadoras del caso a resolver. Pero aquí surge un nuevo problema: las normas sustantivas de la Constitución carecen o presentan de modo muy fragmentario la condición de aplicación, de manera que no es posible determinar cuál de ellas se configura como más especial. Algún ejemplo paradigmático: sabemos que el ejercicio de las libertades de expresión o de información a veces colisiona con los derechos al honor o a la intimidad, pero la Constitución no establece (y la ley tampoco, bien es verdad) un catálogo de excepciones o de supuestos en que deben triunfar o ceder las primeras frente a los segundos. También sabemos que las políticas de igualdad sustancial (art. 9,2 CE) lesionan *siempre (prima facie)* el principio de igualdad jurídica, utilizando en ocasiones incluso como elemento de diferenciación normativa los expresamente prohibidos por el artículo 14; y, sin embargo, es imposible, o así se considera, trazar una nítida frontera entre ambas igualdades, una frontera capaz de trazar los límites infranqueables que la segunda impone a la primera. Por otra parte, sucede que algunas normas constitucionales, además de que puedan carecer de condición de aplicación, carecen asimismo de consecuencia jurídica; más concretamente, que en los casos en que procede su aplicación, no es posible determinar con precisión qué es lo que mandan o prohíben, o hasta qué punto lo hacen; los llamados principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I de la Constitución española son un magnífico inventario de este género de normas que no sabemos a qué obligan porque frente a ellos militan siempre otras normas (otras razones) de sentido contrario. En suma, los criterios tradicionales de resolución de conflictos se muestran insuficientes para resolver las contradicciones intraconstitucionales.

Pues bien, aquí hace su aparición nuestra tercera pareja de palabras clave, reglas y principios, sin duda uno de los capítulos en que con más ardor combaten las teorías del Derecho positivista y neoconstitucionalista<sup>51</sup>. De modo bastante apresurado, el asunto puede presentarse en los siguientes términos: las normas (legales) del positivismo serían reglas cerradas en las que a la descripción precisa de un supuesto de hecho se anudaría una cierta consecuencia jurídica también precisa; y, a su vez, este modo de ser tendría dos consecuencias: existe certidumbre acerca de cuándo aplicar la regla, haciendo uso en su caso del criterio de especialidad, y existe certidumbre también acerca de qué es lo que procede hacer por imperativo de la norma. En cambio, las normas (constitucionales) del neoconstitucionalismo son principios. Como ya hemos avanzado, se habla de principios en dos sentidos distintos: en primer lugar, son principios (principios en sentido estricto se llaman a veces) aquellas normas que no describen de manera exhaustiva los casos y excepciones en que procede su uso, de manera que su colisión no puede resolverse

---

51. La bibliografía es inabarcable, pero creo que el libro que desde una perspectiva neoconstitucionalista mejor expresa esta contraposición es el M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

mediante el criterio de especialidad; por ejemplo, la libertad de conciencia, la libertad de expresión y en general los derechos fundamentales. Y son también principios (y ahora suelen llamarse directrices) aquellas otras normas que imponen un cierto comportamiento, pero sin precisar las concretas modalidades o la intensidad que debe revestir ese comportamiento, o el umbral mínimo de resultados que deben obtenerse; por ejemplo, “los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general” (art. 44,2 CE y el conjunto de los “principios rectores de la política social y económica”). Pero las consecuencias de las dos clases de principios parecen ser las mismas: se trata de normas *prima facie* o *derrotables*, es decir, de normas que pueden ser relevantes en muchos casos, pero que, justamente por concurrir con otras normas de sentido contrario, pueden en definitiva triunfar o resultar derrotadas<sup>52</sup>. También en una antinomia de reglas existen dos normas en principio aplicables o relevantes en el caso, de las cuales una ha de salir derrotada, pero el juez dispone de los criterios que ya conocemos para resolver el conflicto y su solución se presenta además como estable. Ahora bien, ¿cómo determinar cuál de las normas constitucionales debe triunfar? Si una misma conducta puede calificarse simultáneamente como ejercicio de la libertad de expresión y como lesión del derecho al honor, o como delito de colaboración con banda armada y ejercicio del derecho de participación política<sup>53</sup>, ¿qué es lo que hay que tener en cuenta para, *en definitiva*, decidir de qué lado se inclina la balanza?

---

52. La idea de que las normas jurídicas son derrotables o, al menos, de que lo son algunas significa que, aun cuando debieran ser aplicadas por contemplar un cierto supuesto de hecho, sin embargo en ciertas circunstancias pueden quedar desplazadas por otras normas también relevantes cuyo peso se considera más decisivo a la vista de una propiedad que se halla también presente en el caso. *Vid.* la caracterización de J. C. Hage y A. Peczenik, “Law, Morals and Defeasibility”, en *Ratio Juris*, 13, 2000, pp. 305 y ss. El concepto de derrotabilidad de las normas o, quizás mejor, de los enunciados normativos viene siendo muy utilizado, si bien su alcance es dudoso y no siempre uniforme, y sobre ello puede verse J. Rodríguez y G. Sucar, “Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del Derecho”, *Doxa*, 21/II, 1998, pp. 403 y ss; J. C. Bayón, “Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico”, *Isonomía*, 13, 2000, pp. 87 y ss; J. J. Moreso, “Conflictos entre principios constitucionales”, en *La Constitución: un modelo para armar*, M. Pons, Madrid, 2009, pp. 267 y ss; J. L. Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, CEPC, Madrid, 2002; B. Celano, “*Defeasibility* y ponderación. Sobre la posibilidad de revisiones estables”, en *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 235 y ss; A. García Figueroa, “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”, en *El canon neoconstitucionalista*, cit., pp. 247 y ss.

53. Estoy pensando en un caso que me parece paradigmático, el de la STC 136/1999, sobre la Mesa Nacional de Herri Batasuna: tras afirmar que la cesión de espacios electorales para la emisión de un comunicado de ETA constituye un delito de colaboración con banda armada, el Tribunal reconoce que esto “no significa que quienes realizan esas actividades no estén materialmente expresando ideas, comunicando información y participando en los asuntos públicos”. Esto es, la misma conducta es simultáneamente y por supuesto *prima facie* comisión de un delito y ejercicio de un derecho y, precisamente porque lo es, el Tribunal estimó el recurso de amparo por violación del principio estricto de proporcionalidad de las penas, un principio cuya aplicación sólo procede, según el propio Tribunal, cuando está en juego el ejercicio de derechos fundamentales.

La respuesta a este interrogante obliga a plantear la cuarta pareja de conceptos clave, subsunción y ponderación. Pero conviene advertir que, si bien suelen presentarse como formas contrapuestas de aplicar el Derecho, en realidad se refieren a cuestiones diferentes. La subsunción representa el ideal de las reglas y supone la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en las mismas a los casos que presenten las propiedades descritas en su condición de aplicación, según el esquema silogístico<sup>54</sup>; todas las normas, incluidas las que suelen llamarse principios, admiten el esquema subsuntivo. La ponderación o proporcionalidad es el método de resolución de los conflictos entre los principios y, por tanto, no se opone a la subsunción sino a los criterios de solución de antinomias que antes presentamos; es más, antes de ponderar entre dos principios en pugna, es preciso un ejercicio de subsunción, formulando un juicio de relevancia respecto de cada uno de ellos. Y, luego, la propia ponderación se endereza a la construcción de una regla apta para la subsunción, pues ponderar consiste en atribuir un peso relativo a los principios relevantes a la luz de las circunstancias del caso, esto es, consiste en precisar la condición de aplicación (en los principios en sentido estricto) o la consecuencia jurídica (en las directrices) que en el enunciado constitucional aparecen indeterminadas. En pocas palabras, la ponderación trata de dar respuesta a esta pregunta: a la luz de las propiedades que presenta un caso en el que resultan relevantes dos principios, cuál de ellos debe triunfar y cuál debe ceder; o en qué medida resulta exigible lo que establece uno de ellos. De ahí que el resultado de la ponderación sea el establecimiento de una “jerarquía móvil”<sup>55</sup>, puesto que un cambio en las circunstancias determina un cambio en la prioridad de los principios.

Esta orientación de la ponderación hacia la subsunción expresa la necesidad de transformar unas normas que aparecen formuladas como categóricas en hipotéticas o condicionales, o también de transformar en mandatos cerrados unas normas cuya consecuencia jurídica aparece abierta o indeterminada; y por tanto, en ambos casos, de construir enunciados aptos para la aplicación judicial. Como se ha dicho, y limitándonos al primer supuesto, una de las características de los principios y derechos constitucionales es su indeterminación, en el sentido de que no resultan enumeradas las condiciones o circunstancias en las que uno ha de ceder o triunfar en presencia de otro. Por eso se dice que son normas *derrotables*, normas de las que *a priori* desconocemos los casos en que pueden ser exceptuadas, por más que esos casos existan. *Prima facie* parece que el derecho al honor ha de ser respetado siempre, pero asimismo *prima facie* la libertad de expresión también ha de serlo. En la STC 51/2008, por ejemplo, tras constatar que un pasaje de cierta novela representa un ejercicio del derecho fundamental a

---

54. Así lo expresaba un ilustrado como C. Beccaria: “en todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o la pena”, *De los delitos y de las penas* (1764), edición de F. Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid, 1969, p. 76.

55. R. Guastini, “Los principios en el Derecho positivo”, en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 170.

la creación literaria (art. 20,1, b CE) y que, al mismo tiempo, implica una lesión al derecho al honor de cierta persona (juicio *prima facie*), se termina denegando el amparo de este último y, por tanto, dando primacía a la libertad de expresión (juicio definitivo) básicamente por estas razones: el fallecimiento de la persona ofendida, el contexto literario o de ficción, la brevedad de la referencia y el hecho de que ninguno de los términos empleados fuera en sí mismo vejatorio. Estas son las condiciones de precedencia de la libertad de expresión y conforman el supuesto de hecho en que es subsumido el caso. Pero, como es obvio, esas condiciones pueden cambiar, combinarse de un modo distinto o aparecer nuevas circunstancias relevantes en otros supuestos del mismo conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión. Un conflicto —es importante advertirlo— que se entabla entre principios o derechos constitucionales, pero que se transmite al resto de las normas aplicables al caso: la derrotabilidad que la teoría neoconstitucionalista predica para los principios, merced al efecto impregnación del que ya hablamos, contamina también al conjunto de las reglas del sistema; en el caso comentado, pese a reconocerse *prima facie* una lesión del derecho al honor, la norma que lo sanciona es *en definitiva* derrotada.

No procede emprender aquí un examen pormenorizado del juicio de ponderación<sup>56</sup> pero, si bien el grado de confianza en el mismo tampoco es uniforme, creo que en general se reconoce su naturaleza valorativa, pues en definitiva decidir cuál es el principio o derecho que *pesa más* o cuya satisfacción es más importante en el caso concreto entraña la adopción de juicios de valor<sup>57</sup>. El neoconstitucionalismo terminaría, por tanto, rindiéndose a la discrecionalidad<sup>58</sup> y en este punto parece que no se separaría mucho del positivismo maduro de Kelsen, Hart o Bobbio. Sin embargo, entre la discrecionalidad positivista y la neoconstitucionalista hay una diferencia decisiva, y es que esta última aparece mediada por una poderosa teoría de la argumentación jurídica. Esta era nuestra última palabra clave y en ella reside acaso la más importante aportación del neoconstitucionalismo a la teoría del Derecho<sup>59</sup>; una aportación que tal vez responda en parte a una necesidad de legitimación, pues la suplantación del ciego sometimiento del juez a la ley por un ejercicio de aplicación de las cláusulas materiales de la Constitución parece que sólo es tolerable en la medida en que dicho ejercicio pueda exhibir una adecuada

---

56. Para ello puede verse, además de la ya citada *Teoría de los derechos fundamentales* de Alexy, el exhaustivo trabajo de C. Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003; también G. P. Lopera, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, CEPC, Madrid, 2006; L. Clérico, *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.

57. *Vid.* R. Guastini, “Principios del Derecho y discrecionalidad judicial”, en *Estudios de Teoría constitucional*, cit., pp. 142 y ss.

58. Con la excepción notable de R. Dworkin quien, como es bien sabido, confía en el juez Hércules la tarea de hallar siempre la única solución correcta. *Vid.*, por ejemplo, *Law's Empire*, Fontana Press, London, 1986, p. 266.

59. Aunque el desarrollo de la teoría de la argumentación responde también a otros factores. *Vid.* sobre ello M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 15 y ss.

argumentación racional. Como se advirtió al final del epígrafe anterior, en esto consiste la más genuina respuesta neoconstitucionalista a la acusación de judicialismo; su modelo de juez no puede desembocar nunca en el descarnado realismo de sustituir el Derecho por una buena o mala digestión justamente porque un depurado razonamiento práctico lo impide. El déficit de legitimación democrática del juez se compensa así mediante un principio de legitimación argumentativa o racional.

En efecto, ya se ha dicho que las Constituciones contemporáneas estimulan la actividad (o el activismo, dicen otros) judicial y esto es así precisamente porque la ponderación deja algunas puertas abiertas a las valoraciones y a la discrecionalidad. Ahora bien, en el marco del positivismo el momento de la discrecionalidad se consideraba más bien como un capítulo insondable, de manera que, allí donde aparecía, toda racionalidad quedaba silenciada; para Kelsen, el juez constituye una especie de “caja negra”<sup>60</sup>. En la era del neoconstitucionalismo, en cambio, las objeciones de irracionalidad o subjetivismo “son acertadas en la medida en que con ellas se exprese que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente, de manera necesaria, a un resultado. Sin embargo, dichas objeciones no son correctas en la medida en que de ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional”<sup>61</sup>. Y es también un depurado razonamiento jurídico el que puede atajar un segundo riesgo que aparece unido al anterior, el riesgo de particularismo, de eliminación o postergación de las reglas generales a favor de soluciones circunstanciales e irrepetibles. Pues es a ese razonamiento a quien corresponde “una reformulación *ideal* de los principios que tenga en cuenta *todas* las propiedades potencialmente relevantes”, lo que ha de permitirnos establecer una jerarquía condicionada entre tales principios susceptible de universalización; “en la medida en que consigamos aislar un conjunto de propiedades relevantes, estamos en disposición de ofrecer soluciones para todos los casos, aunque dichas soluciones puedan ser desafiadas cuando cuestionemos la adecuación del criterio por el cual hemos seleccionado las propiedades relevantes”<sup>62</sup>.

Constitución sustantiva pero pluralista, conflictivismo, principios, ponderación, derrotabilidad, unidad de solución correcta a lo Dworkin o, al menos, discrecionalidad mediada por una depurada argumentación racional. Me parece que estos son los principales elementos de la versión estándar de la teoría neoconstitucionalista del Derecho, pero son asimismo rasgos definidores del tipo de sistema jurídico desarrollado al amparo de las Constituciones contemporáneas. Si la construcción de la teoría es capaz de ofrecer una imagen fidedigna de cómo son los ordenamientos constitucionalizados, entonces hay que dar la razón a Comanducci cuando dice que “la teoría del Derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días”<sup>63</sup>, esto es, la más adecuada descripción

60. R. J. Vernengo, *La interpretación jurídica*, UNAM, México, 1977, p. 11.

61. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 135.

62. J. J. Moreso, “Conflictos entre principios constitucionales”, en *La Constitución: modelo para armar*, M. Pons, Madrid, 2009, pp. 280 y 284.

63. P. Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, cit., p. 88.

del orden jurídico; el fracaso del positivismo no sería sino el reflejo del cambio operado en el Estado de Derecho con la transición de su fase legalista a la fase constitucionalista. Tal vez cabría decir que el neoconstitucionalismo presenta una vocación más localista o menos universalista que el positivismo, por cuanto expresamente circunscribe su teoría a un muy concreto modelo jurídico-político<sup>64</sup>; pero, en realidad, tampoco la teoría positivista del Derecho fue siempre tan universalista como pretendió y, con el paso del tiempo, se aprecia que muchas de sus tesis eran asimismo dependientes del tipo de sistema jurídico propio del Estado legislativo de Derecho.

#### 4. EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y EL CONCEPTO DE DERECHO: LA CUESTIÓN DE LA CONEXIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

El positivismo teórico aquí dibujado con trazos gruesos es posible que nunca nadie lo haya defendido plenamente, pero en todo caso creo que sus dificultades comenzaron a detectarse antes y al margen del neoconstitucionalismo y que éste simplemente ha venido a certificar su inadecuación para dar cuenta de los sistemas jurídicos contemporáneos. Hoy acaso desempeña una función más normativa, entendido como conjunto de postulados que *sería bueno* que se recuperasen, precisamente para paliar la deriva antiformalista, particularista y judicialista que parece advertirse en el neoconstitucionalismo<sup>65</sup>; se trata, pues, de un positivismo más normativo que pretendidamente descriptivo<sup>66</sup> y en este sentido sus postulados enlazan con las críticas al neoconstitucionalismo fuerte que ya fueron examinadas en el epígrafe 2. Sin embargo, en cuanto que doctrinas globales y totalizadoras, positivismo y neoconstitucionalismo han de contrastarse en otro ámbito que puede llamarse metodológico o conceptual<sup>67</sup>. Si no me equivoco, quienes hoy se reclaman positivistas lo hacen en este último sentido y, con unos u otros matices, defienden estas tres posiciones, por lo demás bastante relacionadas entre sí: la tesis de las fuentes sociales del Derecho, esto es, la concepción del Derecho como un fenómeno o práctica social, como un “hecho histórico”; la tesis de la separación conceptual o de la no conexión necesaria entre Derecho y moral (entre el derecho positivo o *que es* y el Derecho ideal o *que debe ser*), que supone que la juridicidad de una

64. Sobre esto llama la atención A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad*, cit., p. 69.

65. Entre nosotros este es el empeño que se trasluce a lo largo de todo el libro, ya citado, de F. Laporta, *El imperio de la ley. Una visión actual*.

66. Seguramente el principal representante de esa versión normativa del positivismo sea T. Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot, Dartmouth, 1996; “El sentido del positivismo jurídico”, trad. de A. Ródenas, *Doxa*, 25, 2002, pp. 303 y ss. *Vid.* la exposición y crítica de P. Rivas Palá, *El retorno a los orígenes de la tradición positivista. Una aproximación a la filosofía del positivismo ético contemporáneo*, Thomson, Civitas, Cizur Menor, 2007.

67. En la conocida clasificación de Bobbio se trata del positivismo como forma de aproximarse al estudio del Derecho, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano, 3ª ed., 1977, pp. 103 y ss.

norma no implica su justicia y que la corrección moral de una norma tampoco implica su juridicidad; y finalmente la tesis de la neutralidad descriptiva de la ciencia jurídica, que postula una aproximación avalorativa al Derecho desde un punto de vista externo, de modo que para conocer el orden jurídico no es preciso comulgar con sus claves axiológicas, ni sentirse un participante comprometido en las prácticas jurídicas. Según Atienza y Ruiz Manero, las dos primeras tesis “son manifiestamente verdaderas y constituyen una especie de acuerdo indisputado para todos aquellos que hacen teoría del Derecho de forma no extravagante”<sup>68</sup>. A su juicio, los problemas se plantean con la tercera, de la que nos ocuparemos en el siguiente epígrafe.

Con todo, antes de examinar el alcance de las dos primeras tesis y si realmente resultan tan universalmente compartidas, creo conveniente señalar que este modo de entender el positivismo, a mi juicio, suele asentarse en un presupuesto y dar lugar a una consecuencia. El presupuesto —preteórico pudiéramos decir— es la concepción del Derecho en términos de fuerza; el orden jurídico puede ser mejor o peor, pero en todo caso es expresión de una fuerza institucionalizada. El Derecho positivo presenta sin duda otras varias dimensiones que no deben descuidarse, pero globalmente considerado consiste en un conjunto de normas de conducta cuyo *fundamento* es el poder que detenta la fuerza, que *organiza* o dosifican su ejercicio y que, en último término, se sirve de ella como *instrumento* para asegurar su propio cumplimiento. La consecuencia es que, precisamente porque el Derecho es un producto social (susceptible de sufrir imperfecciones técnicas, pero también desvaríos morales) cuya existencia no depende de su adecuación a las exigencias éticas, hay que descartar con todo rigor que el mismo pueda fundamentar algo así como una obligación moral de obediencia<sup>69</sup>; una norma jurídica puede coincidir en su contenido con una norma moral, puede ser justa en ese sentido, pero si cabe hablar de una obligación moral de obedecerla será por su carácter moral, no por el respaldo que reciba del Derecho. En sí mismo considerado, el Derecho no suministra ninguna razón (moral) para ser obedecido.

Me parece que la primera de las tesis enunciadas, la de las fuentes sociales, puede ser entendida de dos maneras o quizás con dos intensidades distintas. La primera en el sentido de que el Derecho es un producto histórico y variable, que depende de la voluntad de los hombres y de sus prácticas sociales; dicho de modo negativo, que el orden jurídico no es una criatura que habite en el mundo celeste de la teología o de la metafísica. Así entendida, efectivamente me parece que hoy nadie la pone en duda, por supuesto tampoco los neoconstitucionalistas. Pero puede entenderse de forma algo más problemática, en el sentido de que el Derecho *está ahí fuera* y es un hecho evidente, de manera que podemos identificarlo a través

---

68. M. Atienza y J. Ruiz Manero, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en *Para una teoría postpositivista*, Palestra, Lima, Bogotá, 2009, p. 145.

69. No puede dejar de recordarse aquí a uno de los filósofos del Derecho españoles más consecuentemente positivistas y su ensayo “La obediencia al Derecho”, en *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 365 y ss.

de ciertos hechos externos, como el acto de promulgación de las normas por una autoridad o la verificación de una cierta práctica social. En general, el positivismo clásico tiende a sostener también esta segunda acepción, aunque con alguna significativa concesión, como es el reconocimiento de una suerte de normas implícitas denominadas “principios generales del Derecho”, que obviamente no son ni ley ni costumbre y que, por tanto, no *están ahí fuera*, sino que requieren emprender una tarea constructiva (y valorativa). Sin embargo, algunas de las presentaciones del neoconstitucionalismo parecen ir algo más allá de lo que sugieren los principios generales del Derecho.

Las críticas de Dworkin al positivismo comienzan precisamente por este capítulo; en su opinión, el primer error del positivismo es que sólo está dispuesto a identificar una norma jurídica cuando la misma ha sido adoptada de acuerdo con ciertos procedimientos o, más en general, cuando su origen se vincula a ciertos actos humanos característicos; las normas jurídicas se identifican “por pruebas que no se relacionan con su contenido, sino con su pedigríe u origen, o con la manera en que fueron adoptadas o en que evolucionaron”<sup>70</sup>. Esto es lo que, de manera algo más sofisticada, en *Law’s Empire* llamará la perspectiva del hecho evidente, según la cual “el Derecho es siempre un problema de hechos históricos y nunca depende de la moralidad”<sup>71</sup>, por lo que para saber si una norma es jurídica basta comprobar qué decidieron las instituciones en el pasado. Así sucede que los positivistas no son capaces de explicar las genuinas discrepancias que existen en el derecho, aunque estén de acuerdo en esos hechos históricos que según ellos agotan las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas<sup>72</sup>. Para Dworkin, en cambio, es posible identificar unos principios del derecho antes y al margen de lo que establezcan la Constitución, la ley y las decisiones judiciales, esto es, más allá de lo que diría la tesis de las fuentes sociales. En el fondo, esta última se muestra inadecuada con el papel central que en el neoconstitucionalismo desempeña la dimensión interpretativa y argumentativa y que supone una *apertura* del Derecho más allá de las que pudiéramos llamar sus fuentes explícitas, susceptibles de ser captadas como un hecho evidente. Si aceptamos además que “una norma extremadamente injusta es una norma que ha perdido su disposición para formar parte de un razonamiento práctico”<sup>73</sup>, la idea de que podemos identificar el Derecho como piensan los positivistas sencillamente colapsa: resultaría que algunas normas formarían parte del Derecho sin poder ser identificadas con arreglo a la tesis de las fuentes sociales y, a la inversa, otras que sí podrían identificarse sin embargo no formarían parte del mismo. Y en ambos casos por una misma razón, por su contenido de justicia (o de injusticia).

70. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, cit., p. 65.

71. R. Dworkin, *Law’s Empire*, cit., p. 9.

72. Vid. J. J. Moreso, “Lo que queda del positivismo jurídico”, en *La Constitución: modelo para armar*, cit., pp. 245 y ss.

73. A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad*, cit., p. 247.

Ciertamente, un positivista no aceptaría que una norma justa se transforme *proprio vigore* en una norma jurídica, o que ésta deje de serlo a causa de su injusticia o de su falta de aptitud para integrarse en un razonamiento práctico. Sin embargo, el positivismo o una buena parte del mismo no encuentran ninguna dificultad en considerar la presencia de conceptos sustantivos o morales en la regla de reconocimiento llamada a identificar las normas del sistema; es decir, que la pertenencia de una norma ya no dependería únicamente del “hecho evidente” de su promulgación, sino de que reuna también determinadas condiciones de contenido. Tan sólo un positivismo exclusivo o excluyente que sostenga que la validez o identificación de una norma no puede apelar *nunca*, o *necesariamente* no puede apelar, a la moralidad resultaría inadecuado para dar cuenta del modelo constitucionalista<sup>74</sup>. Pero, en realidad, esto es algo que tal vez ni el propio Kelsen aceptaría<sup>75</sup>, que desde luego no aceptaría Hart<sup>76</sup> ni quienes se adscriben al llamado positivismo incluyente o incorporacionista<sup>77</sup> ni, en fin, tampoco un positivista tan atento al constitucionalismo como Ferrajoli; es más, la capital distinción que se opera en *Principia Iuris* entre vigencia y validez responde a este criterio: “el fundamento de la vigencia es siempre y solamente formal y nomodinámico, mientras que el de la validez es al mismo tiempo nomodinámico en su aspecto formal y nomoestático en cuanto a su aspecto sustancial”<sup>78</sup>. Esto significa que para el constitucionalismo positivista, la validez no es que dependa *algunas veces* de su adecuación a principios sustantivos, sino que depende *siempre*; los hechos evidentes, por ejemplo que el Parlamento ha dictado una ley o que el juez ha pronunciado una sentencia nos sirven sólo para determinar la vigencia y la validez formal.

Ahora bien, si esto es así, parece que el neoconstitucionalismo habría de abandonar la segunda tesis positivista, la relativa a la separación entre Derecho y moral, dado que esta última siempre tiene algo que decir en la identificación del primero. El neoconstitucionalismo ha de plantearse este problema al menos por

---

74. El principal representante de este positivismo sería J. Raz, *vid.*, por ejemplo, “Authority, Law and Morality”, en *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford University Press, 1994, pp. 210 y ss.

75. La Constitución puede establecer no solamente los órganos del proceso legislativo, “sino también, hasta cierto grado, el contenido de futuras leyes. La Constitución puede determinar negativamente que las leyes no deben tener cierto contenido...Sin embargo, ésta puede también prescribir, en forma positiva, un cierto contenido para futuras leyes”, H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado* (1944), trad. de E. García Máynez, UNAM, México, 1979, p. 148.

76. Al menos desde el *Post scriptum al concepto de Derecho* (1994), Ed. de R. Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 2000, p. 51: “de acuerdo con mi teoría, la existencia y contenido del derecho puede ser identificado por referencia a las fuentes sociales...sin recurrir a la moral, excepto donde el derecho, así identificado, haya incorporado criterios morales para la identificación del derecho”.

77. En España expresamente J. J. Moreso, “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, en *La Constitución: modelo para armar*, cit., pp. 183 y ss. *Vid.* también sobre el tema R. Escudero Alday, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Thomson, Civitas, Madrid, 2004; J. Bautista Etcheverry, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, UNAM, México, 2006.

78. L. Ferrajoli, *Principia Iuris*, cit., § 9.17, vol. I, p. 568.

dos razones que conviene reiterar: el primero, al que acabamos de aludir, porque una característica de las Constituciones contemporáneas es la rematerialización, es decir, la incorporación de normas sustantivas y de conceptos morales no ya como contenido de las normas de conducta dirigidas a los ciudadanos, sino como contenido necesario de los propios criterios de reconocimiento, identificación o validez de las normas. Y segundo porque, por esa misma causa, tal vez una de las aportaciones más destacadas de la nueva teoría del derecho ha sido la teoría de la argumentación jurídica, que supone una resuelta apertura del razonamiento jurídico al razonamiento práctico general: dejando a un lado ciertas restricciones institucionales, razonar en Derecho a partir de valores morales, como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad o la prohibición de las penas inhumanas o degradantes (arts. 10,1 y 15 CE), no difiere (o no debería diferir) de un razonamiento moral a partir de esos mismos valores. En cierto modo, estos dos puntos de conexión, los principios y el razonamiento práctico, indican la evolución de uno de los más acreditados neoconstitucionalistas, R. Dworkin: si en su primera gran obra insiste sobre todo en la presencia dentro del Derecho de principios (morales) junto a las reglas (jurídicas), en la segunda insistirá en esa dimensión interpretativa del Derecho como empresa colectiva guiada por la razón práctica a partir de planteamientos constructivistas. Y, por si fuera poco, no es que el Derecho se aproxime a la moral, sino que al parecer es la propia moral la que hoy parece aproximarse al Derecho. En palabras de uno de los pocos neoconstitucionalistas que confiesan serlo: “el constitucionalismo ha aproximado el Derecho a la moral (a través de la incorporación de elementos morales al Derecho en lo que podría denominarse un caso de *deixis* ética) y el constructivismo ético ha aproximado la moral al Derecho porque la moral ha dejado de ser un dominio individual y confinado a la conciencia de cada uno para transformarse en un discurso entre diversos participantes que siguen un procedimiento”<sup>79</sup>.

Ante todo ello, los distintos neoconstitucionalismos no responden de modo uniforme. Más bien al contrario. Un primer grupo considera que los planteamientos tradicionales del positivismo no han de verse alterados, de modo que por amplia que sea la incorporación de la moral al Derecho y pese las consecuencias de distinto orden que esto pueda tener, la tesis de la separación sigue siendo acertada. Un segundo grupo, por el contrario, entiende que el positivismo es inservible justamente porque en el Estado constitucional se produce una suerte de fusión entre la ética y el Derecho, de modo que la pregunta acerca de qué exige el derecho depende en buena medida de lo que exige la moral; incluso no faltan algunos que, a partir de argumentos neoconstitucionalistas, derivan tesis generales o universales a propósito del concepto mismo de Derecho, por ejemplo sosteniendo que éste incorpora siempre (y no sólo en el Estado constitucional) una pretensión de jus-

---

79. A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad*, cit., p. 20.

ticia o corrección, o que las normas notoria y absolutamente injustas no pueden ser normas jurídicas<sup>80</sup>.

En efecto, comenzando por el primer grupo, no son pocos los que, pudiendo ser calificados de neoconstitucionalistas por otros conceptos, no encuentran razón alguna para abandonar la tesis positivista e ilustrada de la separación entre derecho y moral. Al menos por cinco motivos: primero, porque la vinculación con la moral propiciada por las nuevas Constituciones tendría en todo caso un carácter contingente y nada diría sobre el *concepto* de Derecho; es más, un positivista nunca negaría que el Derecho puede ser eventualmente justo o incorporar valores morales, cualquiera que sea la doctrina ética que se adopte, sino que ello sea así necesariamente. Segundo, porque, aun aceptando el territorio de una teoría particular o contingente, el Derecho no deja de ser nunca expresión de fuerza y heteronomía, muy alejado por tanto de la autonomía de la moral, esfera en la que nada puede la fuerza, sino sólo acaso las buenas razones<sup>81</sup>. Tercero, porque, incluso concediendo que la Constitución sea en todos sus aspectos expresión de la justicia (lo que ya es conceder), la democracia política no puede garantizar que lo sean también las leyes. Cuarto, porque el razonamiento jurídico, por depurado que resulte, se inscribe en un aparato institucional y no carente de coacción, es en la práctica asimétrico y en cualquier caso no asegura la moralidad del resultado. Y quinto, porque ni siquiera es conveniente que el Estado se transforme en un Estado ético, lo que haría de él nuevamente el “brazo secular” de una moral, eliminando la posibilidad de crítica externa, convirtiendo a la ley (o a los jueces) en el oráculo de la justicia y fundamentando un deber moral incondicionado de obediencia, en la línea del positivismo ético. Todo lo cual puede a mi juicio resumirse en lo siguiente: la moral social que encarna el Derecho nunca debe identificarse con la moral crítica, a veces simplemente porque se sitúa en sus antípodas y, en el mejor de los casos, porque los procedimientos de creación y aplicación del Derecho de ningún modo están en condiciones reales de reproducir el genuino diálogo moral, supuesto que la moral se funde en un diálogo.

Esta última consideración está muy presente, por ejemplo, en Comanducci cuando censura el constitucionalismo ético por venir a resucitar la idea de obligación moral de obediencia a la Constitución y a las leyes que son conformes con la misma, por lo que “puede ser considerado como una moderna variante del

---

80. Por eso, es pertinente distinguir entre las teorías particulares puras, aquellas que pretenden hablar *sólo* del modelo constitucional, y las teorías particulares de alcance general, que pretenden usar dicho modelo para *ilustrar* una teoría general. La distinción es de A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad*, pp. 225 y ss.

81. Por eso dice Ferrajoli que subsiste una “irreductible ilegitimidad política del poder en el Estado de Derecho”, así como que “el presupuesto del garantismo es siempre una concepción pesimista del poder como malo, sea quien fuere quien lo posee, puesto que se halla expuesto en todo caso, a falta de límites y garantías, a degenerar en despotismo”, *Derecho y razón*, cit., p. 886, y “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional”, trad. de L. Córdova y P. Salazar, *Isonomía*, n° 16, p. 16. El fundamento de tales juicios en mi opinión es precisamente la necesaria vinculación del Derecho con la fuerza.

positivismo ideológico del siglo XIX, que predicaba la obligación moral de obedecer la ley”<sup>82</sup>. Y es también el caso de Ferrajoli, cuyo garantismo constitucionalista se separa aquí rigurosamente de otras formulaciones neoconstitucionalistas: “la doctrina ilustrada de la separación entre Derecho y moral constituye el presupuesto necesario de cualquier teoría garantista”<sup>83</sup>; doctrina que equivale a postular tanto la “laicidad del Derecho” como la “laicidad de la moral”<sup>84</sup>. Es más, el garantismo no sólo reposa en la autonomía de la moral, sino que reclama la “primacía del punto de vista externo” o crítico respecto del Derecho positivo, un punto de vista que impide “aquella variante del legalismo ético y del iuspositivismo ideológico que sería el constitucionalismo ético”<sup>85</sup>. Como se anuncia desde la propia Introducción a *Principia Iuris*, esa autonomía del punto de vista externo cierra el paso “a las dos opuestas confusiones entre Derecho y moral presentes en gran parte del moderno neo-constitucionalismo: a la confusión del Derecho con la moral operada por las distintas versiones del iusnaturalismo; a la confusión de la moral con el Derecho operada por las distintas versiones del legalismo ético y en particular por la del constitucionalismo ético”<sup>86</sup>. Nada, pues, de una complaciente asunción de las opciones morales y políticas del Derecho como horizonte último de una ética pública, nada de presunciones de justicia a favor de la legalidad, incluida la legalidad democrática, nada, en fin, de fundamentos morales a favor de la obligación jurídica.

Así pues, el neoconstitucionalismo puede ser positivista en el sentido ahora comentado, al menos siempre que este último reconozca que la identificación de las normas en algunos sistemas puede requerir una apelación a conceptos morales que, a diferencia de los “hechos evidentes”, reclama a su vez el desarrollo de un razonamiento práctico. Sin embargo, los neoconstitucionalistas que suelen considerarse más genuinos o consecuentes se separan abiertamente del positivismo, considerando entre otras cosas: primero, que hay normas en el Derecho que no es posible identificar con los patrones que proporciona la tesis de las fuentes sociales porque su vigencia obedece *sólo* a su moralidad o a su aptitud para integrarse en un razonamiento moral, como ya vimos líneas arriba. Segundo, que algunas normas promulgadas pueden no ser aptas para formar parte del sistema debido a

---

82. P. Comanducci, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, cit., p. 97.

83. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 231.

84. Y que supone su recíproca autonomía: “por un lado, el principio en virtud del cual el Derecho no debe ser nunca utilizado como instrumento de mero reforzamiento de la (estos es, de una determinada) moral, sino únicamente como técnica de tutela de necesidades e intereses vitales; por otro, el principio inverso y simétrico, por el cual la moral, si cuenta con una adhesión sincera, no requiere, sino que más bien excluye y rechaza, el soporte heterónimo y coercitivo del Derecho”, L. Ferrajoli, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. de A. Greppi, Trotta, Madrid, 2006, p. 17.

85. L. Ferrajoli, “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional”, cit., p. 19.

86. L. Ferrajoli, *Principia Iuris*, cit., Introducción, vol. I, p. 17. En la nota 25 cita los nombres de R. Alexy, R. Dworkin y C. Nino como representantes de un constitucionalismo “tendencialmente iusnaturalista”, p. 74.

su carácter gravemente injusto o a su incapacidad para ser usadas en un discurso moral. Tercero, que la antigua centralidad de las normas ha sido reemplazada por la centralidad del razonamiento (de la adjudicación, de la hermenéutica) sobre las bases procedimentales de un modelo ético constructivista. Cuarto, que al menos el Derecho de nuestros días, antes que en términos de fuerza o coacción, debe ser concebido como una empresa cooperativa guiada por una racionalidad práctica que opera de forma indistinta en las esferas jurídica y moral. Y, en fin, en quinto lugar, que tampoco cabe excluir que el Derecho así concebido genere una obligación moral de obediencia. Comenzaremos por el punto tercero.

El constructivismo ético desempeña, en efecto, un papel fundamental. De un lado, porque relativiza la clásica separación entre moral crítica y moral social<sup>87</sup>, construyendo la primera con los materiales procedentes de la segunda al dotarla de una fundamentación procesalista y cooperativo que, de un modo ideal o contrafáctico, requiere de una participación colectiva. Cabe decir que la moral abandona todo solipsismo, se democratiza y, de este modo, si aceptamos que el Derecho positivo puede ser visto como una especie de moral social, resultaría que sería la propia moral crítica quien se aproximase al orden jurídico como el más idóneo escenario para su realización<sup>88</sup>. La posibilidad de un Derecho injusto tiende a disolverse porque tiende también a disolverse el dualismo moral crítica/moral social y, por extraño que parezca, el Derecho democrático se erige en juez de su propia justicia. Pero si la moral crítica se *rebaja* a moral social, el Derecho a su vez parece engrandecerse cuando, merced a la democracia, se presenta nada menos que como la institucionalización del discurso moral racional. De este modo, el Derecho se dota de una pretensión de justicia o corrección que, en la medida en que tiene implicaciones morales, “pone de manifiesto una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral”<sup>89</sup>; es más, dado que esa pretensión se prolonga en el proceso de interpretación del Derecho, la moral se incorpora también por la vía procedimental de la ponderación de principios<sup>90</sup>. La conclusión no puede expresarse con mayor claridad: “en un sistema democrático, y en la medida en que el Derecho sea el reflejo de una democracia constitucional sana, el Derecho debería ser el reflejo también de cierta corrección moral y en tal caso quedará fundada en alguna medida una cierta obligación de obediencia al Derecho”<sup>91</sup>.

Es interesante advertir que la conexión entre Derecho y moral no se presenta en principio en los términos tradicionales del iusnaturalismo, esto es, en relación

---

87. Vid. A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad*, cit., pp. 37 y ss.

88. Lo que, dicho sea de paso, llevado hasta sus últimas consecuencias, pulveriza las premisas mismas del constitucionalismo rematerializado como límite a lo que puede ser democráticamente acordado. No es extraño por ello que quienes emprenden este camino terminan postulando un constitucionalismo mínimo. Ya vimos que este es el caso de Habermas.

89. R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 45.

90. *Ibidem*, p. 77.

91. A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad*, cit., p. 41.

con singulares normas de conducta. En realidad, ya no puede ser así porque se ha renunciado previamente a cualquier parámetro externo de justicia que no sea el procedimiento mismo, un procedimiento que al parecer condensa todas las exigencias de la justicia y que se muestra como el fundamento compartido de la moral y del Derecho. Por lo común, la conexión se predica del sistema en su totalidad y especialmente de los procedimientos. Como dice Habermas, la moralidad que “queda atada al Derecho...se ha desembarazado de todo contenido normativo determinado y ha quedado sublimada y convertida en un procedimiento de fundamentación de contenidos normativos posibles”<sup>92</sup>. Por consiguiente, quienes exigen fundamentación racional no son las normas individuales, sino el sistema en su conjunto o, mejor, las bases procedimentales del sistema; de manera que la norma será justa, además de legal, si se integra en un ordenamiento cuyos procedimientos de producción normativa sigan las reglas de la ética discursiva, que suelen identificarse sin más con las reglas de la democracia. Se produce así un desplazamiento del juicio moral desde la norma al sistema y de éste al procedimiento. El propio Habermas lo reconoce: “el efecto específico de la positivización del orden jurídico consiste en un *desplazamiento de los problemas de fundamentación*, es decir, en que el manejo técnico del Derecho queda descargado, *durante largos tramos*, de problemas de fundamentación”<sup>93</sup>. Este es la razón por la que, con alguna excepción, no parezca existir inconveniente en mantener la conexión entre Derecho y moral y en reconocer al mismo tiempo el estatus jurídico de las normas inmorales. “La conexión intrínseca que hay entre democracia y moralidad, dice Nino, está dada por el valor epistemológico de la primera para determinar los alcances de la última”<sup>94</sup>. De la democracia entendida como sucedáneo del discurso moral se deduce: primero, “que las prescripciones jurídicas de origen democrático son argumentos a favor de que haya razones para actuar”, es decir, para obedecer; y segundo, que dicho origen “permite fundamentar la observancia de las prescripciones democráticas aun en aquellos casos particulares en los que nuestra reflexión individual nos da la certeza de que son moralmente incorrectas”<sup>95</sup>; es decir, que “por paradójico que suene, (hay) razones morales para obedecer una ley que desaprobamos por razones morales”<sup>96</sup>. De ahí la crítica del positivismo ético: el Derecho, al menos el producido democráticamente, se revela como una fuente de moralidad y de justicia.

Ahora bien, algunos neoconstitucionalistas aportan otro elemento de conexión entre el Derecho y la moral que parece separarse del positivismo ético y aproximarse más al iusnaturalismo. Se trata del llamado argumento de la injusticia, ya

92. J. Habermas, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, cit., p. 168

93. J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, trad. de M. Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1987, vol. I, p. 338.

94. C. Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 398.

95. C. Nino, *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 188 y s.

96. M. Kriele, *Introducción a la teoría del Estado*, trad. de E. Bulygin, Depalma, Buenos Aires, 1980, p.24

adelantado por Radbruch, y que consiste en negar carácter jurídico a las normas no ya simplemente injustas, sino injustas de “una manera insoportable”: “cuando se traspasa un determinado umbral de injusticia, las normas aisladas de un sistema jurídico pierden el carácter jurídico”<sup>97</sup>. El argumento de Dworkin es parecido, pues supone negar la aplicabilidad de las normas manifiestamente injustas: si el juez fuera llamado a la aplicación de una ley profundamente inmoral “tendría que considerar...si debería mentir y decir que aquello no era Derecho”<sup>98</sup>. Ambos argumentos son no ya potencialmente vagos, sino más bien centralmente vagos (notoria, profundamente inmoral); y, por otra parte, si se pretenden sostener también en un marco democrático, resultan aparentemente contradictorios con el anterior punto de conexión, que nos hablaba de la democracia como sucedáneo del discurso moral. Pero es que, sobre todo, resulta que para emitir este juicio de injusticia e invalidez, es preciso adoptar el punto de vista interno o del participante, pues para el observador externo no hay dificultad en afirmar que una norma, por muy injusta que resulte, es no obstante una norma jurídica. La cuestión entonces es, primero, si esto habla a favor de la conexión necesaria; y segundo, si es lógicamente consistente que un participante logre comprender las injusticias notorias internas al sistema. De un lado, en efecto, cabe decir que aquí no se demuestra esa conexión necesaria entre el Derecho y la moral, sino sólo contingente, dado que depende de cómo se comporten efectivamente los participantes, es decir los jueces: si siguen la práctica de desaplicar las normas muy injustas, la fórmula estará vigente en ese sistema; si no es así, entonces no estará vigente<sup>99</sup>. De otra parte, parece cuando menos extraño que el participante que hace suyas las claves morales del sistema pueda, sin abandonar esa posición, captar injusticias notorias, puesto que su moral crítica se agota en la moral social encarnada por el Derecho positivo<sup>100</sup>. Pero, a su vez, si abandona esa posición, entonces se arruina el fundamento de esa identificación entre *su* moral crítica y la moral social y, con ello, el fundamento mismo de la predicada conexión entre el Derecho y la moral.

## 5. LOS MODELOS NEOCONSTITUCIONALISTAS DE CIENCIA JURÍDICA

La consideración con que finalizamos el epígrafe anterior sobre la distinción entre observadores y participantes, entre punto de vista externo y punto de vista interno, nos sitúa ante una última cuestión, el problema de la ciencia del Dere-

97. R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, cit., p. 45.

98. R. Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 219; *Los derechos en serio*, cit., p. 451.

99. Vid. J. J. Moreso, “Lo que queda del positivismo jurídico”, cit., p. 245.

100. Como dice Laporta, desde la perspectiva del participante “la moralidad del Derecho que practica desde dentro es para él la única moralidad posible...El *insider* que afirma que hay una conexión necesaria entre derecho y moral lo único que expresa realmente es su propia aceptación de las normas jurídicas como pautas morales válidas”, *Entre el Derecho y la moral*, Ed. Fontamara, México, 1993, p. 113.

cho; entendida sea esta expresión —salvo que se diga otra cosa— en un sentido amplio comprensivo tanto de la dogmática jurídica como de la teoría del Derecho. Recordemos que para Atienza y Ruiz Manero este es el capítulo donde la superación del positivismo se hace más urgente y necesaria. “Lo grave en el positivismo jurídico”, escriben estos autores, es “su autocomprensión como (teorías) orientadas a una descripción libre de valoraciones del sistema jurídico”, una aproximación que “inhabilita al positivismo para intervenir competentemente en algunas discusiones hoy centrales”, como es la relativa a “los conflictos entre principios, en general, y muy especialmente entre derechos constitucionales”<sup>101</sup>. En cierto modo, la razón de esta insuficiencia ya ha sido explicada: si el Derecho no es algo que *está ahí fuera* y que pueda ser estudiado con el distanciamiento que nos permiten los hechos externos y evidentes, si resulta que el Derecho reclama para su identificación y aplicación el desarrollo de un razonamiento moral a partir de las premisas éticas encarnadas en sus principios, en suma, si la descripción supone también justificación, entonces la figura del observador externo y neutral no es que resulte imposible, sino que termina siendo muy poco fecunda e inadecuada para dar cuenta de la labor que ha de asumir el jurista, y paradigmáticamente el juez, en el marco del neoconstitucionalismo. Por ejemplo, en opinión de Dworkin, la interpretación del Derecho conoce tres etapas, la preinterpretativa, la interpretativa y la postinterpretativa<sup>102</sup>, pero el jurista positivista apenas podrá alcanzar la segunda, nunca la tercera, aquélla en la que “los materiales normativos identificados e interpretados coherentemente deben además someterse a una dimensión valorativa (*dimension of value*), deben mostrarse a su mejor luz”<sup>103</sup>. En definitiva, pudiera pensarse que el modelo epistemológico positivista no está pensado para el orden jurídico neoconstitucionalista, pues “una vez que en los criterios de validez jurídica que componen la regla de reconocimiento figuran pautas morales, entonces la teoría del Derecho incorpora de algún modo también la política del Derecho”<sup>104</sup>. La ciencia jurídica en general y la actividad de jueces y dogmáticos en particular, llamados todos al desarrollo de una argumentación moral a partir de los principios, no puede ser descrita como un quehacer neutral, ni asumir la función de mera espectadora, sino que de algún modo se integra en su propio objeto, escribiendo el último capítulo de una novela iniciada en la Constitución y, más allá, en el sistema moral en que ésta descansa.

Así pues, el modelo de ciencia jurídica parece aquí fiduciario del propio concepto de Derecho. Esto se muestra particularmente claro en el planteamiento de

---

101. M. Atienza y J. Ruiz Manero, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, cit., pp. 146 y 150. Recuérdese que el conflictivismo representa seguramente el aspecto fundamental del neoconstitucionalismo y de la teoría construida en torno al mismo.

102. R. Dworkin, *Law's Empire*, cit., pp. 65 y ss.

103. A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad*, cit., p. 245.

104. S. Sastre, “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 253; *vid.* también del mismo autor *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 125 y ss.

Dworkin: si algunas normas son jurídicas no en función de algún respaldo social, sino en función de su contenido de justicia, resultará que la teoría del Derecho no podrá prescindir de tales contenidos; unos contenidos que tampoco se deducen a partir de un Derecho natural inmutable y universal, sino que se captan sólo a través de un razonamiento práctico coherente con los principios de cada Derecho, y habrá de ser en consecuencia una teoría particular; “las teorías interpretativas están por su propia naturaleza dirigidas a una cultura legal particular, generalmente a la cultura a la que pertenecen sus autores”<sup>105</sup>. Pero no se trata sólo de tomar en consideración las claves axiológicas del sistema desde una perspectiva descriptiva aunque necesariamente “provinciana”, sino de emprender una tarea justificadora a partir de un razonamiento moral que para algunos se inició ya en el procedimiento democrático y que en todo caso se prolonga en la interpretación o adjudicación. Si la teoría (general) del Derecho se aproxima a las dogmáticas (particulares), la descripción se aproxima a la justificación y el observador al participante: es preciso “justificar las normas establecidas, identificando las preocupaciones y tradiciones morales de la comunidad...(lo que) conduce al jurista a profundizar en la teoría política y moral”<sup>106</sup>. En suma, hay que promover “la fusión del derecho constitucional y la teoría de la ética”<sup>107</sup>. Como escribe A. Pintore, “la actitud interpretativa está para Dworkin comprometida valorativamente con las instituciones sociales de las que se ocupa”<sup>108</sup>.

Esta versión antipositivista del neoconstitucionalismo me parece que hoy es dominante y en ella se entrecruzan distintos aspectos sobre el conocimiento del Derecho, su vinculación necesaria con la moral y su pretensión de obligatoriedad para los operadores jurídicos y para los ciudadanos en general. Soper, por ejemplo, compara la teoría analítica del Derecho con la realización de crucigramas, “un pasatiempo profesional de los filósofos”<sup>109</sup>; en su opinión, una teoría del Derecho que no hunda sus raíces en la teoría política y que no esté al servicio de la misma, tratando de mostrar por qué debemos obedecer las normas jurídicas, es una teoría vacía que ni siquiera resulta capaz de cumplir cabalmente su propósito descriptivo. De un modo análogo, Carlos Nino, si bien no excluye por completo la posibilidad de un concepto descriptivo de Derecho, se inclina abiertamente por uno normativo, cuyo objeto no son los comportamientos regulares, sino los juicios, reglas y valores que están en la base de tales comportamientos; la preocupación no consiste en determinar cómo actúan de hecho ciertos individuos, sino cómo deben actuar. De aquí deriva una consecuencia importante, que es “la primacía lógica del punto de vista interno sobre el externo”<sup>110</sup>, lo que no sólo significa que no se pueden describir creencias sin que alguien previamente sea creyente,

---

105. R. Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 102.

106. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, cit., p. 129.

107. *Ibidem*, p. 233.

108. A. Pintore, *La teoría analítica dei concetti giuridici*, Jovene, Nápoles, 1990, p. 152.

109. Ph. Soper, *Una teoría del Derecho*, trad. de R. Caracciolo, CEC, Madrid, 1993, p. 23

110. C. Nino, *Derecho, moral y política*, cit., p. 47.

sino que tampoco puede hacerse si en alguna medida no se incluye en la teoría aquello en lo que se cree; por tanto, si la perspectiva interna del Derecho “está indisolublemente ligada a la perspectiva interna de la moral...la perspectiva externa del Derecho se distorsiona si no se relaciona explicativamente esa práctica social con la práctica social del discurso moral”<sup>111</sup>. Y, en fin, también Alexy ofrece una definición del Derecho y de la validez desde la perspectiva del participante, que es la propia del juez que busca la más correcta solución al caso en un marco de principios morales constitucionalizados; y sólo esa perspectiva puede ofrecer “una definición jurídica del Derecho”<sup>112</sup>.

Zagrebelsky por su parte, más que haber propugnado una teoría del Derecho desde la perspectiva interna del participante que prolonga en la argumentación jurídica el carácter moral de los principios del Derecho constitucionalizado, tiene el mérito de haberla puesto en práctica. *Juris prudentia* frente a *scientia iuris*: el lema es elocuente del tipo de aproximación al Derecho ensayado en *El Derecho dúctil*; el orden jurídico ya no puede ser tratado como un dato u objeto externo y acabado porque es un incesante “hacerse” y por ello la ciencia del Derecho se convierte en una ciencia práctica que no puede obviar la dimensión moral de las decisiones constitucionales básicas: desde el punto de vista interno de un sistema jurídico positivo, cuando en él rijan principios la situación es completamente análoga a la del Derecho natural<sup>113</sup>. Si, comparado con el modelo predominante en la edad de la codificación, el constitucionalismo tiene algo de premoderno, de regreso al pluralismo, la ciencia del Derecho parece volver asimismo a los moldes prepositivistas: un conocimiento y una práctica particularista y comprometida con la moral a la que el Derecho sirve, menos sistemática y más problemática o hermenéutica, más interna que externa.

Pero, al igual que sucedía en los otros capítulos ya examinados, tampoco aquí el neoconstitucionalismo se muestra uniforme. Hay también un neoconstitucionalismo que pudiéramos llamar estrictamente positivista y que recomienda para la ciencia del Derecho, como para cualquier otra ciencia, una nítida separación entre *ser* y *deber ser*, entre describir y prescribir. Y, consiguientemente, que no encuentra razones para abandonar el punto de vista externo, neutral o avalorativo<sup>114</sup>. Esto no equivale tampoco a un puro “comportamentismo” que atienda exclusivamente a los hechos o prácticas externas; la ciencia jurídica puede y debe tener en cuenta también el punto de vista interno, pero no para asumirlo o hacerlo suyo, sino para incorporar a la descripción lo que son las actitudes de los operadores jurídicos que

111. *Ibidem*, p. 50. Vid. también *El constructivismo ético*, CEC, Madrid, 1989, pp. 113 y ss.

112. R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, cit., pp. 31 y 123.

113. G. Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, cit., p. 122 y ss.

114. “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 por tanto solamente puede ser estudiado desde un punto de vista externo, es decir, hasta donde es posible en el campo de las ciencias sociales, avalorativo”, P. Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, cit. p. 90.

participan en la práctica del Derecho. Por eso, el acercamiento entre dogmática y teoría del Derecho que postulaba la anterior versión del neoconstitucionalismo, queda ahora en suspenso: aunque para comprender lo que es el Derecho sea menester prestar atención a la perspectiva del participante (juristas dogmáticos, jueces y prácticos en general), la teoría del Derecho ha de mantenerse externa y neutral frente a su objeto; se pueden describir creencias sin necesidad de compartirlas; y se pueden identificar normas por su contenido (además de por su promulgación) sin necesidad de hacerse partícipe o cómplice del mismo.

En líneas generales, cabe decir que existe una correspondencia entre el neoconstitucionalismo antipositivista y la perspectiva interna o del participante, por un lado, y entre el neoconstitucionalismo positivista y la primacía del punto de vista externo y descriptivo, de otro. En otras palabras, que quienes consideran superada la tesis de las fuentes sociales y abogan por algún tipo de relación justificante entre Derecho y moral, tienden a concebir la ciencia del Derecho en términos de una práctica constructiva y comprometida con su propio objeto; mientras que aquellos otros que consideran que los nuevos Derechos constitucionalizados pueden explicarse aún en clave positivista, entienden al mismo tiempo la ciencia del Derecho como una actividad cognoscitiva, externa y avalorativa. Con una importante excepción, Luigi Ferrajoli, quien propugna conjuntamente un severo positivismo a propósito de las relaciones entre Derecho y moral y asigna, en cambio, una función crítica y no meramente contemplativa para la ciencia jurídica<sup>115</sup>.

La expresión ciencia jurídica adquiere en Ferrajoli un significado muy amplio, comprensivo de la teoría del Derecho y de las diferentes dogmáticas, pero también de la filosofía política y de la sociología jurídica; disciplinas que giran todas en torno a un concepto clave, el de *divaricazione* o divergencia entre el ser y el deber ser; y a un propósito común, mostrar, criticar y contribuir a superar esa divergencia en los distintos planos en que se produce<sup>116</sup>. Así, la sociología del Derecho está llamada a denunciar los desajustes entre vigencia y eficacia, entre Derecho y realidad; el orden jurídico encarna un deber ser, un programa de regulación del mundo, y como tal puede resultar insatisfecho e ineficaz, en ocasiones patológicamente ineficaz. Se trata, pues, de una aproximación empírica que asume una función pragmática consistente en describir la distancia que media entre ciertos hechos y comportamientos, incluso de los poderes públicos, y el deber ser propuesto por el Derecho. La filosofía política, por su parte, recoge el discurso tradicional de la teoría de la justicia, del enjuiciamiento del Derecho desde la atalaya de la

---

115. La posibilidad de hacer compatible el enfoque positivista con un modelo crítico de ciencia jurídica ha sido puesta en duda en más de una ocasión; así, por R. Guastini, "I fondamenti teorici e filosofici del garantismo", en *I ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, L. Gianformaggio (ed.), Giappichelli, Torino, 1993, pp. 62 y ss.

116. El papel central que desempeña este concepto en toda la construcción garantista fue advertida por M. Gascón, "La teoría general del garantismo: rasgos principales", en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de L. Ferrajoli*, M. Carbonell y P. Salazar (ed.), Trotta, Madrid, 2005, pp. 22 y ss., y reconocido por Ferrajoli en *Principia Iuris*, cit., Introduzione, vol. I, nota 21, p. 72.

moral, siempre crítica y externa respecto del orden jurídico; su autonomía, corolario del positivismo, se opone a dos simétricas confusiones: las iusnaturalistas, que confunden la validez con la justicia, y las distintas versiones del positivismo ético, incluido gran parte del neoconstitucionalismo actual, que confunden la justicia con la validez. Se trata, por tanto, de un discurso abiertamente normativo llamado a denunciar los desajustes entre justicia y validez, entre moral y Derecho. Dentro de los saberes jurídico, sociología jurídica y filosofía política desarrollan una función que pudiéramos llamar de crítica externa: crítica del Derecho ante su falta de virtualidad regulativa, lo que se traduce en incumplimientos de su deber ser y que en ciertos contextos adquiere el carácter de una ineficacia estructural; y crítica del Derecho desde los parámetros de otro sistema normativo, la moral, que en Ferrajoli viene a identificarse con el programa emancipador de la Ilustración<sup>117</sup>.

La crítica interna es competencia de la dogmática y se halla estrechamente unida a la caracterización del constitucionalismo contemporáneo y, en concreto, al fenómeno que llamamos de la rematerialización o incorporación al texto constitucional de contenidos materiales o sustantivos como criterios de validez del resto de las normas. Esa incorporación al sistema jurídico de los principios de justicia y de los derechos naturales ha transformado las que antes eran contradicciones externas o entre el Derecho y la moral en contradicciones internas al propio Derecho positivo, de manera que el discurso que antes se desarrollaba como una crítica externa se presenta ahora como una crítica interna. Este es probablemente el núcleo de la teoría garantista de Ferrajoli, que se opone tanto a un normativismo atento sólo al deber ser de las normas, como a un realismo preocupado únicamente por el ser o la eficacia fáctica de las mismas. La dogmática asume ambas perspectivas, denunciando la divergencia entre validez y vigencia, esto es, la divergencia que nace de aquellas normas que existen o están vigentes, aunque de acuerdo con la Constitución no deberían existir (antinomias); y de aquellas otras normas que no existen, pero que deberían existir justamente para hacer eficaces las normas constitucionales (lagunas). “La constatación de esta divergencia entre ser y deber ser en el derecho, es decir, entre normatividad y facticidad, es la cuestión más interesante que el paradigma constitucional asigna a la ciencia jurídica”<sup>118</sup>.

Se explica así la central relevancia que tienen lagunas y antinomias, o si se prefiere la plenitud y la coherencia, en el marco de la democracia constitucional y en el discurso encargado de dar cuenta de la misma. Las lagunas son vicios por omisión y suponen la *indebida* omisión de una norma cuya producción resulta obligada por otra norma superior, por ejemplo por un precepto constitucional relativo a derechos sociales; las antinomias son vicios por comisión y suponen la *indebida* producción de una norma que viene prohibida precisamente por hallarse

---

117. Además de en sus obras mayores, un resumen de la posición de Ferrajoli sobre la ciencia del Derecho puede verse en “La teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos”, en L. Ferrajoli, J. J. Moreso y M. Atienza, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, pp. 25 y ss.

118. *Ibidem*, p. 44.

en contradicción con otra superior. Las lagunas revelan que se ha incumplido “lo indecible que no”; las antinomias que se ha violado el territorio de lo “indecible”. En suma, la fuerza normativa de la Constitución se juega en este capítulo, una fuerza que puede verse frustrada tanto por acción como por omisión, ya que la existencia de lagunas y de antinomias convierte en inaplicables y por tanto en ineficaces a las propias normas constitucionales: éstas encarnan un “deber ser” jurídico que, sin embargo, se ve desmentido por su “ser” legal. De este modo, cobra pleno sentido la función crítica y la dimensión pragmática de la dogmática y, en especial, de la dogmática constitucional: su objetivo fundamental es denunciar esas patologías.

Finalmente, la teoría del Derecho, sin dejar de ser una teoría formal e ideológicamente neutral, presenta también una función pragmática y normativa. Primero, en un sentido que pudiéramos llamar débil, la normatividad viene dada por el carácter estipulativo del propio lenguaje teórico. En el esquema de *Principia Iuris*, los postulados y las definiciones “primitivas” a partir de las cuales se desarrollan axiomáticamente el resto de las tesis o teoremas no pretenden describir un cierto Derecho positivo, sino que responden a opciones libremente elegidas; opciones que tanto pueden tener un carácter teorético, justificándose en su mayor capacidad explicativa, como incluso ético-político, justificándose a la luz de sus implicaciones prácticas. En suma, el significado de conceptos tradicionales (igualdad, ilícito, derecho subjetivo) o la acuñación de conceptos nuevos (expectativa, norma tética) tiene un carácter normativo desde el momento en que viene dado o estipulado por la propia teoría, no por el Derecho positivo.

Pero la función prescriptiva de la teoría presenta un segundo carácter más fuerte, en un sentido que aproxima la teoría del Derecho al constructivismo típico del Derecho natural. Esta nueva dimensión pragmática supone que la lógica de la teoría adquiere un valor normativo frente a su objeto: “son principios analíticos, descriptivos del modelo teórico, pero al mismo tiempo normativos, en el mismo sentido en que lo son los principios de la lógica o de las matemáticas respecto a los discursos que hacen uso de los mismos, o las reglas de la ortografía...de una cierta lengua respecto al lenguaje que las emplea”<sup>119</sup>. Tales principios son fundamentalmente dos, la coherencia y la plenitud, justamente aquellos principios que permiten concebir el Derecho como un sistema; como un sistema que *de hecho* no es pleno ni coherente, pero que *debe serlo* de acuerdo con la normatividad de una teoría que a su vez es reflejo de la propia normatividad del Derecho frente a sí mismo. El Derecho es un universo artificial y lingüístico que supone una interna racionalidad que a la teoría corresponde hacer explícita y reconstruir como *principia iuris tantum*, es decir, no como principios *del* Derecho, sino *sobre* el Derecho. De este modo, el Derecho se muestra sin duda normativo frente a la teoría, pero ésta no lo es menos frente al Derecho.

---

119. L. Ferrajoli, *Principia Iuris*, cit., vol. I, Introduzione, p. 28.

En suma, la teoría del Derecho es el lugar de encuentro de los demás saberes jurídicos, dando cuenta de las comentadas divergencias deónticas y de los diferentes niveles de discurso desde los que pueden ser enfocadas. Desempeña así una función depuradora, que conecta pero que también diferencia los varios planos de análisis, advirtiendo frente a posibles confusiones que están en la base de otras tantas falacias: la falacia *iusnaturalista*, que impide reconocer la existencia de normas válidas, aunque injustas; la *legalista*, que impide reconocer la existencia de normas injustas, aunque válidas; la *normativista*, que impide reconocer la existencia de normas vigentes, aunque inválidas; y, en fin, la *realista*, que impide reconocer la existencia de normas válidas o vigentes, pero inefectivas<sup>120</sup>. La teoría del Derecho, así como también el resto de saberes jurídicos, se apartan pues del modelo descriptivista y contemplativo que suele adscribirse al positivismo: “el horizonte del jurista no es del simple espectador. Formamos parte del universo que describimos y que contribuimos a producir con nuestras propias teorías”. Por eso, la función crítica “no puede ser ignorada sin comprometer, junto al papel civil y político de la ciencia jurídica, su mismo alcance empírico y su capacidad explicativa”<sup>121</sup>.

## 6. CONSIDERACIONES FINALES: ¿SUPONE EL NECONSTITUCIONALISMO UNA SUPERACIÓN DE LA DIALÉCTICA ENTRE IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO?

Espero haber mostrado que el llamado neoconstitucionalismo no es una teoría o doctrina unitaria, y que ni siquiera dibuja o delimita una temática de reflexión bien definida. No puede identificarse con una temática porque se puede ser neoconstitucionalista en diferentes sentidos o capítulos de la reflexión jurídico-política, tan alejados como puedan estar la filosofía política o doctrina del Estado justo, la teoría de la ciencia jurídica o la teoría del Derecho. Y no es una teoría porque en cada uno de esos capítulos se han desarrollado posiciones neoconstitucionalistas no ya distintas, sino hasta opuestas y contradictorias. En realidad, creo que el calificativo que mejor conviene al neoconstitucionalismo es el de una filosofía del Derecho, del mismo tipo que el iusnaturalismo y el positivismo; una filosofía del Derecho tan totalizadora y pluralista como puedan ser estas dos últimas, o incluso más por cuanto combina elementos de ambas procedencias. Iusnaturalismo y positivismo, en efecto, son etiquetas que han desempeñado una función totalizadora porque sirven para designar los más variados discursos a propósito del Derecho y de la moral, en el terreno epistemológico, en el teórico, en el valorativo, etc; y son pluralistas porque a propósito de cada uno de esos discursos no existe tampoco

---

120. *Ibidem*, p. 42.

121. *Ibidem*, p. 38.

una sola posición iusnaturalista o positivista, sino al menos dos y con frecuencia más de dos. Que es lo mismo que ocurre con el neoconstitucionalismo.

No es extraño por ello que haya querido verse en el neoconstitucionalismo no ya una “tercera vía” entre las dos que tradicionalmente se han disputado el predominio en la cultura jurídica, sino incluso la cancelación de la dialéctica que las ha enfrentado: el positivismo no tiene razón porque tampoco la tiene el iusnaturalismo, podría ser el lema<sup>122</sup>. Sin duda, el neoconstitucionalismo o, mejor, los neoconstitucionalismos aportan en conjunto nuevos enfoques y aproximaciones, una presentación original de los problemas y una combinación propia de los mismos y de sus posibles soluciones; en definitiva, pretenden dar respuesta a una realidad que ya no es la premoderna o la del Estado legislativo de Derecho, que fueron el contexto histórico, respectivamente, del iusnaturalismo y del positivismo. Sin embargo, no estoy seguro de que logren superar dialéctica alguna porque en el fondo sus argumentos se adscriben a una u otra de las concepciones tradicionales del Derecho, es decir, no son en general argumentos que se sitúen *por encima* de los contendientes en liza, mostrando que ninguno de los dos tiene razón, sino que más bien revisan o recrean ideas ya conocidas, tomando partido a veces por alguna versión del iusnaturalismo y otras veces por alguna de las presentaciones del positivismo. Veámoslo al hilo de las cuestiones tratadas.

Para empezar, el neoconstitucionalismo como filosofía política o doctrina del Estado justo ofrece un parecido asombroso con la doctrina de los derechos naturales que históricamente fue el motor fundamental (aunque no el único) del constitucionalismo. La idea de que la sociedad política tiene un fundamento *heteropoyético* —como le gusta decir a Ferrajoli— consistente en la protección de determinados derechos que hoy llamamos fundamentales, derechos que son la razón de ser y la fuente de legitimación del poder, representa la columna vertebral tanto del neoconstitucionalismo como de un cierto iusnaturalismo que podemos identificar con el racionalismo del siglo XVII y singularmente con Locke. La diferencia, sin duda muy importante, es que los derechos antes estaban *fuera* del Derecho positivo y representaban el parámetro de su *justicia*, mientras que ahora forman parte o están *dentro* del sistema y representan el parámetro de la *validez* de las normas. Pero no creo que sea forzar el significado de las palabras afirmar que el constitucionalismo y sobre todo el “neo” resultan ideológica y funcionalmente iusnaturalistas.

Por lo que se refiere a la teoría del Derecho, me parece que propiamente no debe hablarse de una tensión iusnaturalismo-positivismo. En este capítulo nos alimentamos más bien de dos tradiciones que pudiéramos llamar “transversales” porque se hallan presentes tanto en la cultura iusnaturalista como en la positivista, y como no podía ser de otro modo también en la neoconstitucionalista. Se trata, en primer lugar, del pensamiento dialéctico o problemático, que tiene su origen en

---

122. Esta es una de las ideas centrales y varias veces reiterada en las ya citadas *Criaturas de la moralidad* de A. García Figueroa; por ejemplo, pp. 47 y ss, 98 y ss.

la *Retórica* de Aristóteles y que suele concebir el Derecho, más que como un universo normativo cerrado y sistemático, como un conjunto de tópicos y argumentos aptos para guiar el razonamiento hacia la solución justa; cabe decir que desde esta perspectiva se subraya la primacía del lado activo o dinámico del Derecho, del razonamiento jurídico si se quiere, sobre el lado pasivo o estático de las normas generales. La segunda es la corriente que puede llamarse racionalista o sistemática, cuya máxima expresión fueron seguramente las construcciones iusnaturalistas del siglo XVII, que se prolongan en la Ilustración hasta enlazar con el movimiento codificador: el Derecho aparece aquí como un orden racional dotado de una lógica interna o, cuando menos, como un objeto de análisis susceptible de un conocimiento y de una reconstrucción racionales, en suma, el Derecho aparece como sistema. Pues bien, hay una teoría iusnaturalista retórica o hermenéutica que resulta dominante en la antigüedad y en la Edad Media, como hay también un positivismo del mismo carácter, que se desarrolla a partir del antiformalismo de finales del XIX y que alcanza su máxima expresión en la Tópica, en la Retórica y en la Hermenéutica, es decir, en las aportaciones que pueden considerarse precedentes directos de la actual teoría de la argumentación. Pero hay también un iusnaturalismo y un positivismo racionalistas o sistemáticos; es más, la primera gran concepción del Derecho como sistema “geométrico” es obra del iusnaturalismo, cuyo método será heredado, por no decir directamente copiado, por el positivismo conceptualista. El neoconstitucionalismo tampoco cancela o supera aquí ninguna dialéctica, sino que viene a reproducir ambas tradiciones, aunque sea con argumentos más depurados. Como hemos tenido ocasión de ver, un buen número de neoconstitucionalistas hacen del razonamiento jurídico, y no de la norma, el aspecto o momento central de la experiencia jurídica, y los ejemplos de Zagrebelsky o Dworkin me parecen bastante elocuentes; pero hay también neoconstitucionalistas, como Ferrajoli, que propugnan nada menos que una teoría axiomatizada del Derecho, que es lo más parecido a un spinozismo jurídico<sup>123</sup>.

Sobre los problemas que hemos agrupado en el epígrafe cuarto bajo el título de “el concepto de Derecho” creo que pueden hacerse unas consideraciones análogas. Centrándonos en la vieja querrela de las relaciones entre Derecho y moral, ¿qué tipo de superación ofrece el neoconstitucionalismo? Desde luego, ya hemos visto que algunos de sus representantes se consideran positivistas sin ulteriores matizaciones, como Comanducci o Ferrajoli. Pero, ¿qué decir de los que se declaran “postpositivistas” o “no positivistas”, como Alexy, Nino, Dworkin o, en España, García Figueroa? Sin duda, aportan una visión original de las relaciones entre Derecho y moral a partir de la idea de unidad del razonamiento práctico que rompe el tradicional objetualismo separacionista (el Derecho positivo por un lado y el natural por otro, como objetos o realidades separadas), de manera que

---

123. La expresión es de E. Vitale, “¿Teoría del Derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli”, en L. Ferrajoli, L. Baccelli, M. Bovero y otros *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, p. 68.

es difícil saber cuándo estamos “haciendo” Derecho y cuándo moral, pues ambos se construyen al parecer con las mismas herramientas; los principios, comunes al Derecho y a la moral, serían el estímulo o el punto de partida para esa empresa argumentativa de carácter cooperativo, que encuentra en la democracia política primero y en el razonamiento jurídico después su mejor banco de pruebas. Ahora bien, parece más discutible que los resultados del empeño logren escapar de conclusiones ya conocidas porque, en definitiva, entre el iusnaturalismo y el positivismo ético no parece haber espacio para una alternativa superadora de ambos. Si se asume la conexión necesaria o conceptual entre Derecho y moral, o bien afirmamos que el Derecho o los procedimientos jurídicos son una fábrica de eticidad, una fábrica de normas moralmente obligatorias, y esto es positivismo ético; o bien afirmamos que algunas normas muy injustas o que carecen de toda aptitud para integrarse en un razonamiento moral no merecen el calificativo de jurídicas, y esto es iusnaturalismo. Y los neoconstitucionalistas de los que venimos hablando sostienen ambas cosas, curiosamente a veces al mismo tiempo.

Finalmente, a propósito de la ciencia jurídica, hemos identificado tres grandes propuestas metodológicas procedentes del neoconstitucionalismo: la positivista a secas, que mantiene un modelo neutral y avalorativo; la “internalista”, que defiende la superioridad del punto de vista del participante en el sistema jurídico y que incluso, en alguna de sus formulaciones, viene a requerir una suerte de compromiso moral con el mismo como condición para poder identificar cabalmente lo que las normas dicen; y, por último, el positivismo crítico de Ferrajoli, que encomienda a los saberes jurídicos una tarea de denuncia y depuración de las patologías del sistema, especialmente de las lagunas y antinomias. Parece obvio que la primera no entraña novedad alguna, ni lo pretende. En cuanto a la segunda, es cierto que a partir de Hart la tesis del punto de vista interno o del participante ha alcanzado un gran desarrollo y una alta sofisticación, dando lugar a un lenguaje y a unos planteamientos bastante originales. Pero no estoy muy seguro si superadores de la comentada dialéctica entre las dos grandes concepciones del Derecho; la idea de que el conocimiento del Derecho exige creencia y compromiso con los valores que encarna enlaza tanto con algunas formulaciones iusnaturalistas (del iusnaturalismo teológico y de la canonística antigua, por ejemplo) como con otros más cercanos al positivismo ético (el jurista militante auspiciado por algunos desvarios totalitarios), pero en todo caso representa una negación rotunda del modelo positivista de ciencia, y no una mera propuesta de conciliación con la misma. Por último, con independencia de si resulta o no una propuesta consistente y acertada, y no se me oculta que ha recibido varias críticas que ahora no procede analizar, tal vez sólo el positivismo crítico representa un planteamiento verdaderamente integrador: el jurista de Ferrajoli, en efecto, no necesita abandonar el punto de vista externo, ni asumir presunciones de justicia o corrección respecto del Derecho positivo, y es por tanto un positivista; pero, más allá de cualquier neutralidad contemplativa, presenta una dimensión pragmática y crítica que sin duda le aleja de los postulados más ortodoxos del positivismo y funcionalmente le aproxima a una cierta versión del iusnaturalismo, aquélla que, transformando el Derecho natural en los derechos

naturales, proporcionó el marco teórico e ideológico del constitucionalismo. En lo que tiene de primacía del punto de vista externo, el positivismo crítico es positivista; pero en lo que tiene de crítico se acerca a esa poco frecuente expresión del iusnaturalismo que es el iusnaturalismo crítico.