

CAPÍTULO 10

APUNTES SOBRE “NEOCONSTITUCIONALISMO”

Susanna POZZOLO*

SUMARIO: I. *Introducción: Difusión del término y deslices significativos.* II. *Características.* III. *¿Positivismismo neoconstitucionalista?* IV. *Constitución y programa político.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN: DIFUSIÓN DEL TÉRMINO Y DESLICES SIGNIFICATIVOS.

El término “neoconstitucionalismo” fue utilizado por primera vez en una comunicación durante el *XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social* celebrado en Buenos Aires el año de 1997. En aquella ocasión¹, y posteriormente en el sucesivo libro dedicado al mismo tema,² el vocablo fue introducido para indicar una serie de posiciones teóricas –defendidas por algunos autores representativos de un cierto modo de enfocar el derecho³– que estaban delineándose y definiéndose. Defendidas por juristas distantes en otras cuestiones, algunas tesis se presentaban como mutuamente conectadas desde diferentes puntos de vista hasta el punto de poder ser reconstruidas unitariamente para dar cuenta de una (posiblemente nueva) doctrina del derecho.

En particular, con la palabra “neoconstitucionalismo” se identifica una perspectiva iusfilosófica que se contraponía explícitamente a aquella iuspo-

* Investigadora en Filosofía del Derecho, Università di Brescia. (Traducción de Piero Mattei-Gentili. Revisión de Álvaro Núñez Vaquero)

¹ Ahora en un volumen dedicado a tal congreso: Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, vol. 21, núm. II, 1998, pp. 339-353.

² *Cfr.* Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001.

³ Paradigmáticamente representados por Robert Alexy, Carlos S. Nino y Gustavo Zagrebelsky.

sitivista⁴ y que, al mismo tiempo, trataba de diferenciarse de la opuesta y más tradicional posición iusnaturalista. Desde aquel primer momento, la palabra “neoconstitucionalismo” ha tenido una difusión extraordinaria⁵ en los diversos países de lengua latina en Europa y en Sudamérica.⁶ Ello se explica, entre otras razones, por la estructura de estos sistemas jurídicos, la introducción de las constituciones densas y largas en el curso de los últimos sesenta años, y la expansión del poder dispositivo de los tribunales.⁷

Se podría leer la doctrina neoconstitucionalista a través del esquema de la alternancia de las tendencias iusfilosóficas que tradicionalmente ha oscilado entre posiciones formalistas y anti-formalistas, también en la historia reciente del derecho. A menudo, una era la reacción a las exageraciones de la otra, y tanto una como otra —antes de incurrir en excesos teóricos— han realizado contribuciones al estudio y a la vida del derecho. Como señala críticamente Vittorio Villa, tanto la primera como la segunda tendencia (a partir de las doctrinas de la codificación) presentan una visión *estática* del significado, es decir, “el significado, ‘descubierto’ o ‘inventado’ que sea, y es en cualquier caso algo que viene a existir ‘todo de una vez,’ ‘en una única solución.’ No existe modo, frente a este tipo de aproximación, de salir de la alternativa dicotómica entre ‘descubrir’ y ‘crear’”.⁸ El uso de estructuras conceptuales de tipo dicotómico induce a reconstruir el mundo jurídico, y sobre todo la actividad de los juristas, de un modo polarizado, oponiendo creación y aplicación, conocimiento y prescripción, objetivo y subjetivo. Si bien la crítica constructivista es decididamente interesante sobre el plano científico-social, mi sensación es que el método para construir categorías opuestas es (aún) típico de las categorías conceptuales de lo jurídico, sobre todo del derecho moderno. Se trata de un universo discursivo que, a fin de cuentas, debe establecer y distinguir en modo dicotómico entre lo jurídi-

⁴ Utilizaré el término “positivismo” y/o “iuspositivismo” sin ulterior especificación a menos que sea relevante para el discurso sobre el neoconstitucionalismo.

⁵ Al menos en la literatura jurídica italiana, española, centro y sudamericana.

⁶ En los países anglosajones la discusión se concentra mayormente sobre la confrontación entre positivismo incluyente y positivismo excluyente. Coleman, Jules y Shapiro, Scott (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, 2004; Escudero Alday, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Civitas, 2004, y POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO.

⁷ Hirschl, Ran, “The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide”, *Fordham Law Review*, vol. 75, núm. 2, 2006, pp. 721-753 y Barberis, Mauro, *Stato costituzionale*, Modena, Mucchi Editore, 2012.

⁸ Villa, Vittorio, “La teoria dell’interpretazione giuridica fra formalismo e anti-formalismo”, en *Etica & Politica / Ethics & Politics*, vol. 1, 2006, pp. 1-19, p. 9, http://www2.units.it/etica/2006_1/VILLA.htm.

camente permitido y lo jurídicamente prohibido, entre lo jurídicamente “verdadero” y lo jurídicamente “falso”, entre lo jurídicamente válido y lo jurídicamente inválido; en definitiva, entre lo jurídico y lo no jurídico. Creo que ésta, después de todo, es una conquista para el derecho moderno: el uso de las categorías dicotómicas es patrimonio de una perspectiva iuspositivista que, junto a categorías como el (dworkiniano) “pedigree”, es funcional al principio de legalidad. Aunque se podría estar tentado de leer esta elaboración como una reacción antiformalista al menos a cierto positivismo, bien observado el neoconstitucionalismo comparte con aquel una visión estática del significado.⁹

Es preciso señalar cómo la amplia difusión del término “neoconstitucionalismo” ha sido acompañada de una serie de modificaciones de su significado. Revisarlos puede ser una buena estrategia para su comprensión. El primer cambio generaliza el uso del vocablo que, de identificar *una* doctrina, pasa a coincidir banalmente con el término *constitucionalismo*, al menos en el sentido del constitucionalismo moderno. Este significativo deslizamiento incide sobre la capacidad connotativa del vocablo que es en parte recuperada a través de un ulterior deslizamiento: cuando “neoconstitucionalismo” comienza a ser utilizado no tanto para señalar la filosofía constitucionalista sino un cierto tipo de sistema jurídico. En particular, señala aquel tipo de sistema jurídico dotado de una constitución larga, rígida y garantizada, el cual se difundió en la segunda mitad del siglo XX: el estado *constitucional de derecho*. Esta variedad de usos fue en parte retomada mediante una reformulación de la bien conocida tripartición bobbiana del positivismo jurídico,¹⁰ individuando tres tipos de “neoconstitucionalismo”.¹¹ Mientras que los juristas utilizarían el término para señalar un cierto tipo de ordenamiento jurídico, los teóricos y filósofos del derecho lo emplearían

⁹ La cuestión de la optimización de la directiva o del grado de satisfacción de un principio no incide en este sentido sobre el significado. Distinto es el discurso si se intenta imaginar previsiones no relativas al futuro inmediato, entonces tal vez alguna señal para el cambio puede ser rastreado. Cfr. Pozzolo, Suzana, *Positivismo y neoconstitucionalismo*, Lima, Palestra, 2011; Pozzolo, Susanna, “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, en Pozzolo, Susanna (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Lima, Palestra, 2011, pp. 13-87.

¹⁰ Recientemente reeditado por Laterza, véase: Bobbio, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, con prefacio de L. Ferrajoli, Roma, Bari, Laterza, 2011.

¹¹ Cfr., por ejemplo, si bien en modo diferente entre ellos, Comanducci, Paolo, “Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica” (traducción al castellano: “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en *Isonomia*, vol. 16, 2002, pp. 89-112), y, Mazzaresse, Tecla, “Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi”, en Mazzaresse, Tecla (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale*, Torino, Giappichelli, 2002.

para indicar un cierto paradigma del derecho, y los filósofos morales y políticos los utilizarían para “indicar el derecho tal y cómo debería de ser en razón de lo que el derecho es; esto es, en razón de los principios y los valores en éste explícitamente enunciados, los derechos fundamentales, principios y valores a éste inminentes, y no externos o extraños al mismo.”¹² Entonces, de indicar una doctrina del derecho antipositivista, el término pasa a denotar un cierto tipo de sistema jurídico y, finalmente, y sobre todo, una específica teoría para un preciso sistema jurídico. Es precisamente este último sentido el que permite ilustrar las razones de su fortuna, incluso entre los juristas positivistas.

II. CARACTERÍSTICAS

1. *El antipositivismo*

Pese a que algunos mantengan dudas sobre la reconstrucción del neoconstitucionalismo —que a veces parece presentarse como un movimiento de confines inciertos, refiriéndose más bien a una familia de posiciones culturales en lugar de a una doctrina¹³— se pueden evidenciar algunos aspectos útiles para connotarlo. Entre éstos, es central la insistencia en declarar la decadencia del positivismo jurídico y su sustitución con una perspectiva práctica mediada por valores. De hecho, su carácter es *anti*-, y no simplemente *post*-positivista. Respecto a este último, el neoconstitucionalismo no “supera” nada sino que quiere descartar todo (o casi todo).¹⁴ El carácter de oposición se encuentra en el origen de la configuración del neoconstitucionalismo¹⁵ ya que el término fue pensado para abordar aquellas doctrinas

¹² Mazzaresse, Tecla, “Diritti fondamentali e neocostituzionalismo”, *op. cit.*, p. 9.

¹³ Véase, por ejemplo, Schiavello, Aldo, “Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?”, en *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2003, www.dirittoequestionipubbliche.org, según el cual “el término ‘neocostituzionalismo’ denota una atmósfera más que una concepción unitaria del derecho, coherente y bien estructurada” y señala cómo bajo esta denominación son compiladas “teorías muy diversas entre sí”. Señala la “no univocidad del término neocostituzionalismo”, Mazzaresse, Tecla, “Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problema”, *op. cit.*, p. 12.

¹⁴ *Cfr.*, por ejemplo, Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.

¹⁵ La oposición entre principios y normas, entre ponderación y subsunción, entre constitución y legislación y, en fin, entre judicial y legislativo; *Cfr.* Pozzolo, Sussana, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, *op. cit.* (nota 2)

jurídicas que, desde finales de los setentas del siglo pasado, sitúan en el centro de la reflexión teórica la interpretación de los sistemas jurídicos constitucionalistas, insistiendo en su peculiaridad, y contraponiéndolos a los así llamados sistemas “legalistas” o de base legislativa.¹⁶

La oposición entre principios y normas es ciertamente una característica distintiva, y señala su distancia respecto al positivismo jurídico, haciendo referencia al contraste entre forma y substancia. La forma, las normas, la unidad de medida en el positivismo jurídico, válidas sobre la base del principio de legalidad –es decir, de características formales– pueden mostrar un *pedigree*. Los principios –característicos del derecho del estado constitucional contemporáneo– representan la sustancia, y no tienen un certificado de origen que certifique su juridicidad: son válidos por su *importancia*.¹⁷ También la oposición entre ponderación y subsunción sienta sus raíces “en la sustancia” de los principios: es en razón de su propia naturaleza que se configuran como dúctiles instrumentos equitativos o de razonabilidad práctica en la concretización del derecho. Los intérpretes ponderan los valores vehiculados por los principios en razón de las exigencias de justicia que cada caso plantea.

Esta INTERPRETACIÓN *orientada a los valores* asigna casi *naturalmente* un rol fundamental a la jurisdicción, y no sólo a aquella constitucional.¹⁸ Con dicha interpretación se supera el esquema que, al menos en la tradición del derecho codificado, estaba detrás de las funciones del poder, y se elige, por el contrario, limitarlo a través de los contenidos: si el constitucionalismo tradicionalmente había visto en los procedimientos, en la división y en el equilibrio de competencias, la estrategia de restricción, la perspectiva neo-constitucionalista, por el contrario, insiste en el contenido, en el sentido de las disposiciones de principio y en la enunciación de derechos. La constitución se presenta como un conjunto de valores a sistematizar, a hacer compatibles entre sí: valores plurales a equilibrar, a través de los cuales debe configurarse todo el derecho positivo. En la confusión de los papeles, el juez de las leyes tiende a oscilar entre la función judicial y la legislativa. Esto incide en la percepción y en la concepción de la jurisdicción en gene-

¹⁶ Aquellas serían el objeto de estudio paradigmático del positivismo jurídico.

¹⁷ Se puede notar que mientras el *pedigree* es funcional al principio de legalidad, no lo es la *importancia*.

¹⁸ Tanto que se ha escrito que “si no existiese una Constitución, hoy tendríamos en todo caso necesidad de una Corte constitucional”, Mezzanotte, Carlo, “Le fonti tra legittimazione e legalità”, *Queste Istituzioni*, 1991, p. 50 y ss.

ral, y de la constitucional en particular¹⁹ que se convierte en una actividad explícitamente político-teleológica, debilitando el vínculo textual y liberando gradualmente al intérprete “para consentirle realizar una pretensión de mayor justicia.”²⁰

Neoconstitucionalismo y *constitucionalización del ordenamiento jurídico*²¹ se detectan en diversa medida en todos los sistemas jurídicos occidentales de derecho codificado. Si bien fueron los propios intérpretes quienes produjeron el cambio, el argumento neoconstitucionalista se agarra todavía al material jurídico positivo, es decir, a las constituciones largas, rígidas y garantizadas.

2. Sobre la estructura de las normas jurídicas: los principios.

El estado constitucional presenta dos dimensiones —una legalista y otra constitucionalista²²— unidas dentro del concepto de principio. La ideología de la legalidad se disuelve en la dimensión del contenido o sustancial, la cual absorbe al derecho positivo a través de la adopción de los valores y de los derechos fundamentales. En la perspectiva neoconstitucionalista, las normas de principio determinan una mutación en el patrimonio genético del derecho positivo dado que reanudan las relaciones entre derecho y moral interrumpidas por el positivismo jurídico (Véase, además, NORMA JURÍDICA).

El nuevo derecho constitucional no tendría ya la necesidad de establecer el principio de legalidad como paradigma de lo jurídico porque se trataría de un principio ya adquirido. Por el contrario, el nuevo derecho reclama superar tal límite formal para poder enfrentar los conflictos que constantemente recorren la sociedad contemporánea que, determinando tensiones

¹⁹ De hecho, toda la jurisdicción, no sólo aquella constitucional, se encuentra investida y de algún modo abrumada por tal proceso.

²⁰ Cfr. Pace, Alessandro, “Metodi interpretativi e costituzionalismo”, *Quaderni costituzionali*, vol. 1, 2001, pp. 35-61, p. 61.

²¹ Es decir, incorporación de valores y derechos en la constitución, pero sobre todo ubi-cuidad constitucional, Cfr. Guastini, Riccardo, “La costituzionalizzazione dell’ordinamento giuridico italiano”, *Ragion pratica*, vol. 11, 1998, pp. 185-206 (en castellano “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003).

²² Cfr. Dais, Eugene E. *et al*, *Konstitutionalismus versus Legalismus?*, Stuttgart, Steiner Verlag, 1991; además Alexy, Robert, “Sistema jurídico y razón práctica”, en Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, *op. cit.* (nota 14), y, Zagrebelsky, Gustavo, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992 (en castellano *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995).

éticas y políticas, generan el peligro de restar legitimidad a los instrumentos jurídicos y a la acción de gobierno. El neoconstitucionalismo se presenta entonces como una tercera vía ya que, para enfrentar y resolver los conflictos de la sociedad constitucional-democrática contemporánea, sería impensable tanto la referencia al derecho natural –que sonaría anacrónica– como al positivismo legalista.²³

Si bien persiste la discusión sobre cómo caracterizar los principios, en el discurso neoconstitucionalista se presentan como normas válidas. En ciertos casos, se trata de normas válidas sólo *prima facie* ya que pueden ser configuradas como normas (i) que podrían ser dejadas de lado por el mayor “peso” de otra, o bien normas (ii) que mutan, por ejemplo, porque se explicitan las condiciones de aplicación de su antecedente las cuales habían permanecido implícitas.²⁴

En la discusión que ha ocupado a los estudiosos en los últimos años en torno a este tema, se pueden identificar diversas propuestas interesantes. José Juan Moreso, por ejemplo, reconstruyó los conflictos entre principios constitucionales como conflictos entre deberes incondicionales derrotables (DID), es decir, como deberes que aun no teniendo una condición explícita de aplicación pueden ser derrotados en ciertas circunstancias²⁵ porque en tales ocasiones otras propiedades resultan de mayor relevancia. Posteriormente Moreso distingue los deberes condicionales inderrotables (DCI), donde el antecedente es condición suficiente para la eficacia del deber. Así funcionan las reglas: una vez que se da la condición (semáforo rojo) entonces es obligatorio A (detenerse). Existen también condicionales derrotables (DCD), que no permiten obtener deberes *all things considered* porque el antecedente contribuye pero no determina el deber. Finalmente también encontramos deberes incondicionales inderrotables (DII) donde el antecedente es siempre eficaz, en cualquier estado de cosas posible. Conceptualmente todos estos deberes son entre sí distintos y permiten distinguir entre derrotabilidad y condicionalidad. No obstante, me parece interesante detenernos

²³ Zagrebelsky, Gustavo, “Introduzione”, en Alexy, Robert, *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997, p. vii.

²⁴ En el segundo caso nos encontraríamos frente a una concepción particularista dado que serían las circunstancias contingentes las que harían relevantes ciertas propiedades que no son independientes del contenido de la norma, y de hecho la modifican. En el primer caso, por el contrario, nos encontraríamos frente a una concepción universalista, dado que la identificación del contenido de la norma es modificado, es su fuerza la que muta. Redondo, Cristina, “Legal Reasons: Between Universalism and Particularism”, *Journal of Moral Philosophy*, vol. 2, núm. 1, 2005, pp. 47-68.

²⁵ Por ejemplo, Moreso, José Juan, “Conflitti fra principi costituzionali”, en *Diritto & Questioni Pubbliche*, vol. 2, 2002.

en la distinción entre DID y DCI, y señalar que en el segundo caso el deber no es siempre eficaz, sino sólo cuando se verifican ciertas condiciones explícitas o circunstancias previsibles. En el primer caso, en cambio, el deber es siempre eficaz, pero determinadas circunstancias pueden hacerlo derrotable; es decir, es posible que sea dejado de lado. Sin embargo, de este modo, el deber no siempre es eficaz con base en circunstancias implícitas o no previsibles *ex ante*. El propio Moreso mismo subraya que es necesario lograr explicitar las condiciones de aplicabilidad para evitar el conflicto entre principios, consiguiendo volver su aplicación una suerte de subsunción; en otro caso, la variabilidad interpretativa de las soluciones corre el riesgo de abrir el camino a posiciones particularistas, no siendo ya posible justificar la motivación de la decisión. Mediante la ponderación de principios en conflicto se debería producir una norma que, reformulándolos, explicita las propiedades relevantes resolviendo aquel conflicto en modo definitivo. Una vez obtenida la norma se podrá proceder con racionalidad subsuntiva también en los casos futuros. En sustancia, a través de un proceso de explicitación de las condiciones implícitas, se debería llevar a cabo una transformación de los principios en reglas, definiendo un criterio estable de precedencia de los principios. Me parece que la propuesta de Moreso forma parte de aquéllas que se podrían llamar “compatibilistas”, es decir, que sostienen que se puede evitar el conflicto entre principios armonizándolos en una nueva norma interpretativa.

Los principios entendidos como mandatos de optimización o directivas (Alexy, Atienza, Ruiz Manero), tienen su característica definitoria en que indican un cierto deber de manera no condicional pero, al mismo tiempo, realizable en distinta medida o grado con base en las circunstancias. El principio como directiva no determinaría una jerarquía axiológica (móvil) entre principios –con la falta de aplicación de uno de ellos– sino que se llegaría a la formulación de una nueva norma que tenga invariablemente en cuenta el principio reduciéndolo en alguna medida o proporción en su alcance. Utilizando el esquema de Moreso, pese a las similitudes, se podría sostener que en este caso se trata de DII ya que el deber de perseguir o de acometer una cierta conducta es incondicional, pero aquello que está sujeto a condición o al peso de las circunstancias es el grado de eficacia, no el deber.

Otro modo de describir estos principios es apelar a su “natural” subdeterminación: la concreción legítimamente determinará una mayor o menor eficacia del deber la cual, no obstante, seguirá siendo incondicional.²⁶

De estas brevísimas observaciones es fácil observar que el núcleo de la cuestión no gira tanto en torno a una presunta diversa naturaleza o peculiar formulación de los principios respecto de las reglas, sino sobre todo acerca del diverso método interpretativo y de aplicación que tales normas requieren (si bien sendos factores se encuentran estrechamente conectado, ya que si el principio no es un precepto definitivo ello implica una indeterminación semántica y deóntica de la norma que lo expresa²⁷). Es cierto que la reconocida normatividad jurídica de los principios y de los derechos constitucionales ha contribuido a poner en crisis las teorías positivistas-formalistas de la interpretación, que reconstruyen la interpretación jurídica como un mero proceso cognitivo.²⁸ Si esto, al parecer de algunos, es aún posible para las reglas jurídicas –que se configuran como enunciados condicionales que conectan un caso con una consecuencia– no parece que se pueda afirmar lo mismo de los principios, con los cuales el intérprete no logra operar a través de los fáciles, inmediatos y precisos silogismos. Hay que señalar inmediatamente que, no obstante, esto no aboca al anti-formalismo a la perspectiva neoconstitucionalista dado que el discurso moral hace las veces de fondo para verificar la corrección de las interpretaciones y de las decisiones.

²⁶ Mauro Barberis prefiere hablar de *especificación* de los derechos: “los principios son especificados recolectando reglas, a través de la operación que los juristas llaman concretización y los filósofos morales, más propiamente, especificación”. Cfr. Barberis, Mauro, *Stato costituzionale, op. cit.*, pp. 69-70 (nota 7). Sobre el “especificacionismo” Cfr. Weif, Lenar, “Rights”, sección 5.2, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/entries/rights>

²⁷ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Berlin, 1994, pp. 57-59 (en castellano, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 1993). La característica de la indeterminación, que implica que los principios puedan ser susceptibles de diversas y múltiples aplicaciones, funda la distinción débil entre reglas y principios. Cfr. Raz, Joseph, “Legal Principles and the Limits of Law”, en Cohen, Marshall (ed.), *Ronald Dworkin and the Contemporary Jurisprudence*, New York, Rowman & Allanheld 1984. Aquella es adoptada por Pino, Giorgio, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 52-56. Sobre tal criterio, véase también Barberis, Mauro, *Filosofía del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 114.

²⁸ Al consolidarse la doctrina que atribuye validez jurídica a los preámbulos de las constituciones – transformando aquellas enunciaciones que en el pasado eran “aspiraciones políticas, morales y religiosas promovidas por la constitución” – comienzan a presentarse serios problemas interpretativos, además de dogmáticos. Cfr. Guastini, Riccardo, *Lezioni di teoria e diritto dello stato*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 153 y ss.

Riccardo Guastini, observando el uso que de estos hacen los juristas, identificó algunas características de los principios que me parecen útiles para aclarar su rol. En primer lugar, los principios son considerados normas fundamentales, es decir, normas esenciales del sistema jurídico que, por razones axiológicas, no deben ser a su vez justificados. En segundo lugar, los principios están estructuralmente indeterminados: pueden ser derrotables (*defeasible*) —es decir, las excepciones no se encuentran establecidas exhaustivamente— o bien pueden ser genéricos— normas que exigen ser concretizadas y/o normas que deben ser precisadas dado que son aplicables de diversas maneras.²⁹

De la obligatoriedad jurídica reconocida a los principios rápidamente se llega a su aplicación directa por parte de todos los tribunales y —como emerge de todo lo dicho hasta ahora— aumentando las dificultades para el intérprete en cuanto se note que tendencialmente su aplicación a nivel infraconstitucional es potencialmente conflictiva con otros principios.³⁰ Entonces, a partir de presuntas diferencias estructurales con las reglas, la aplicación de los principios saca a la luz cuestiones relativas a la fundamentación racional y a la legitimidad política de las decisiones judiciales interpretativas. Ya no es suficiente referirse a una disposición que se presenta como demasiado genérica para vincular de por sí misma al intérprete. Ello explica que muchas propuestas teóricas involucradas en este debate busquen justamente evitar la caída en la subjetividad y en la particularidad de las interpretaciones y de los procedimientos decisionales. Es necesario que los conflictos entre principios se demuestran racionalmente controlables; en otro caso, su motivación no se encontraría sujeta a ningún control.³¹ Si no hay subsunción y silogismo, entonces es necesario encontrar otros instrumentos, so pena de la arbitrariedad del jurista.

No obstante, pese a las buenas intenciones³² —como lo ha señalado Bruno Celano— habría que demostrar la estabilidad de las revisiones obtenidas,

²⁹ Por ejemplo, *Cfr.* Guastini, Riccardo, *Lezioni di teoria e diritto dello stato*, *op. cit.*, pp. 139-142.

³⁰ Dado que, como bien ha mostrado Bruno Celano, los principios traducidos en derechos constitucionales se presentan en “racimos”, *Cfr.* Celano, Bruno, “Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?”, en Pozzolo, Susanna (ed.) *La legge e i diritti*, Torino, Giappichelli, 2002.

³¹ Moreso, José Juan, “Conflitti fra principi costituzionali”, *op. cit.*, p. 206 (nota 25). Véase, CONFLICTOS NORMATIVOS.

³² Por ejemplo en el caso de Moreso, como explica Paolo Comanducci: “Las razones, que parecen empujar[le] a configurar los principios constitucionales que confieren derechos fundamentales como normas derrotables, son de orden ético-político. Si concibiéramos (y

esto es, la transformación de los principios en DCI.³³ Como por ahora parece difícil alcanzar revisiones estables completas, hay quien –como Moreso– sostiene plausible pensar en micro-sistemas de principios estables y concretizados.³⁴ Es decir, no una sistematización de todo el ordenamiento sino sólo de pequeñas zonas de éste.³⁵ En síntesis, si el principio es reconstruido acorde al esquema de las reglas, aunque incluyendo sus rasgos particulares (y por ende como *normas genéricas*), se le exige responder a la pregunta sobre cómo se debe actuar en un cierto caso, se le pide indicar qué comportamiento debe ser puesto en práctica en una situación determinada; los principios, por tanto, deben ser en alguna medida definitivos. Desde este punto de vista, transformar los principios en DCI parece una solución constitucionalmente garantista: transformando el principio en una norma indefectible, explicitando las condiciones implícitas, se determina el derecho: precisando el alcance (en una óptica pluralista) o concretizando el dictado. Pero ya se ha dicho que este camino es de difícil recorrido: si bien se dan casos donde la *regularización* del conflicto ha dado lugar a un sistema de reglas – por ejemplo en el superado caso de escuela sobre el conflicto entre libertad de prensa y tutela del honor. Donde funcione la *regularización* se determina una solución estable, al menos por un cierto tiempo, dando lugar a una regla posiblemente compleja pero definitiva.

Sin embargo, los principios se podrían concebir también como normas *pro tanto*, es decir, como normas que indican la relevancia de una propiedad que debe ser tenida en consideración invariablemente en el momento de

aplicásemos) los principios constitucionales no derrotables, se producirían – en la fase de su aplicación – conflictos prácticos insanables, en el sentido en que tendríamos dos principios constitucionales en conflicto, ninguno de los cuales puede ceder frente al otro. Sería por tanto un conflicto práctico sin solución. Mientras que si los concebimos como normas derrotables, esto permite una solución racional de los conflictos entre derechos fundamentales”. Cfr. Comanducci, Paolo, “Problemi di compatibilità fra diritti costituzionali”, *Analisi e diritto*, 2003-2003, p. 328)

³³ Si existen, se pregunta Celano, razones ético-políticas para considerar derrotables dos principios constitucionales en conflicto, ¿por qué estas mismas razones no podrían ser tomadas en consideración en el caso de conflictos entre principios constitucionales revisados? ¿Por qué estas razones juegan un rol en la primera revisión y no habrían de jugarlo más en las sucesivas? Cfr. Celano, Bruno, “‘Defeasibility’ e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili”, en *Ragion pratica*, vol. 18, 2002, pp. 223-239.

³⁴ Moreso, José Juan, “A propósito de revisiones estables, casos paradigmáticos e ideales regulativos: replica a Celano”, *Ragion pratica*, vol. 18, 2002, pp. 241-248, p. 246. Esta, con algunas variables, es una posición que se está difundiendo. Cfr. Zucca, Lorenzo (ed.), *An Exchange on Constitutional Dilemmas*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1284490 (fecha consulta 31/05/2012).

³⁵ Sobre el tema de la sistematización Cfr. Ratti, Giovanni B., *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008.

decidir un caso, pero sin regularlo en modo definitivo. En síntesis, los principios establecerían propiedades esenciales cuyo peso varía en relación a las propiedades establecidas por otros principios involucrados en el caso, de modo que la decisión del conflicto dependerá siempre de su respectiva fuerza. Sobre la solución incidirá fuertemente el contexto, el cual determinará la relevancia de las propiedades independientes que, *aun no modificando el contenido*, contribuirán a atribuir mayor o menor fuerza a cada principio. Desde este punto de vista, los principios corresponderían a DII pero sin determinar la solución del caso: aquellos representan sólo el deber de tener en cuenta ciertas propiedades en modo invariable toda vez que se encuentren en juego. Esta configuración es muy interesante y está llena de implicaciones tanto teóricas como políticas, las cuales se advierten en cuanto se reflexiona sobre la estructura de muchos derechos constitucionales que tienen forma de principios.³⁶

Prosiguiendo con esta configuración, el conflicto no se resuelve con la formulación de un principio indefectible sino con una jerarquía axiológica móvil³⁷ que asigna a uno de ellos mayor fuerza. La aparición de las propiedades independientes contribuiría entonces a hacer más determinado el derecho, ya que su presencia define la fuerza de cada principio en relación con otro. Desde esta posición, los principios no responden a la pregunta sobre cuál es el curso de acción debido: no ofrecen razones excluyentes para calificar la acción concreta sino que únicamente representan propiedades o elementos necesariamente relevantes. Por ende, los principios podría configurarse como una regla de juicio, es decir, dirigidos a indicar el deber para el juez de tener en cuenta la propiedad indicada por el principio, de manera universal e invariable, no siendo reglas de comportamiento. No obstante, esta reformulación resuelve sólo aparentemente la dificultad, y en la medida en que las dificultades no sean resueltas, permanece la necesidad de resolver el conflicto. En la medida en que fuese posible transformar los principios en reglas se disolvería la necesidad de ponderarlos. Y, por lo demás, es precisamente por estas inciertas características que los principios se caracterizarían también por un peculiar método y/o aproximación interpretativa.³⁸

³⁶ Véase mi artículo Pozzolo, “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, *op. cit.* (nota 9)

³⁷ Según la formulación de Riccardo Guastini.

³⁸ Las implicaciones de esta teoría se pueden observar, por ejemplo, también en el ámbito penal. *Cfr.* por último, por ejemplo, Vogliotti, Massimo, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2011.

3. Ponderaciones, balances, desacuerdos. El papel y la racionalidad de los procesos de interpretación/aplicación de los derechos.

La interpretación del derecho por principios se presenta como más conflictiva que si el derecho estuviera compuesto por reglas, y para esos desacuerdos interpretativos el método ponderativo parece tener un gran éxito.

Aunque no esté muy claro en qué consiste, un elemento constante en las distintas configuraciones de la ponderación es el papel que desarrolla en ellas el principio de proporcionalidad. En la ponderación se sopesan valores con el fin de construir una proporción entre lo tutelado y lo sacrificado hasta llegar a un equilibrio – que, obviamente, no es físico, como el de los platillos de la balanza, sino que se trata de un equilibrio – entre valores creado sobre un tercer valor o criterio que ordena los otros dos en conflicto.

Según la literatura neoconstitucionalista, en el balance el intérprete puede optimizar la aplicación del valor restringiendo los ámbitos de los derechos fundamentales hasta un mínimo que quedaría garantizado.³⁹ Sin embargo, está claro que el problema del balance tiene sus raíces precisamente en la valoración de los factores que llevan a tal restricción y al resultado de la jerarquía entre los valores (o ponderación). Todo depende de la capacidad de los intérpretes para ofrecer argumentos buenos o convincentes⁴⁰; sin embargo, esto no tiene nada de matemático, como en ocasiones sugeriría la idea de *sopesar los valores*.⁴¹ Hay distintos modos de presentar como se sopesan los valores:⁴² de forma un poco genérica, se dice que los casos normativos resultan siempre abiertos a la toma en consideración de nuevas condiciones de aplicación.⁴³ Así, por ejemplo, la interpretación del principio de *justicia social* encuentra condiciones de aplicación que varían en

³⁹ Bernal, Carlos, “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, p. 310.

⁴⁰ Véase Pozzolo, Susanna, y Ramos Duarte, Eccio O., *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral de Constituição*, Sao Paulo, Landy, 2010, pp. 104-123.

⁴¹ Un ejemplo de esto me parece sea el debate en Zucca, Lorenzo, *An Exchange on Constitutional Dilemmas*, *op. cit.* (nota 34).

⁴² Sardo, Alessio, “Three Theories Of Judicial Balancing: A Comparison”, *Dignitas*, No. 53-54, Vol. 2012.

⁴³ Es amplia la literatura. Véase, por ejemplo, Guastini, Riccardo *et al.* “Validity and Defeasibility in the Legal Domain”, *Law and Philosophy*, vol. 29, núm 5, 2010, pp. 601-626. Para una perspectiva diferente, Guastini, Riccardo, *Interpretare e Argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011; Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, vol. 11, enero-junio, 2009, pp. 3-14, http://www.iidpc.org/revistas/11/pdf/19_29.pdf

cada ocasión en función del caso concreto. En cualquier caso, cuando se trata de principios, tampoco las condiciones explicitadas pueden considerarse como definitivas,⁴⁴ teniendo sólo un valor ejemplificativo.

Por ende, los principios se presentan como vagos⁴⁵ (quizás vacíos⁴⁶), hasta el punto de que es difícil imaginar casos paradigmáticos en los que concuerden los juristas, los cuales permitirían identificar aquellas características mínimas pero ciertas e invariables de aplicación del concepto.⁴⁷ Está claro que los problemas que surgen son relativos bien a aspectos políticos –ligados a la justificación de la justicia constitucional– bien a aspectos semánticos– si fuesen casos de lenguaje vacío o confuso, ¿daría esto plena disponibilidad a los tribunales para decidir los significados?

Si así fuera, si los tribunales pudiesen decidir con libertad el significado de los textos, no existiría la constitución semántica que el neoconstitucionalismo da por segura: la constitución como algo distinto de las convicciones ético-políticas del tribunal. Por otro lado, si no fuese así, y los tribunales se encontrasen determinados o constreñidos en su actividad interpretativa, se daría el problema de la legitimidad misma de la constitución como límite a la mayoría, dado que hay desacuerdos y entonces indeterminación semántica.⁴⁸ El punto en discusión es la relación que existe entre desacuerdo e indeterminación. Si se cuestiona la existencia de una relación necesaria entre ellos, se podría sostener que estos conceptos no serían vacíos sino elementos necesarios para hacer el derecho dúctil, contribuyendo a generar controversias entre valores para que gane el mejor entre ellos.⁴⁹

En cualquier caso, está claro que en el juicio de ponderación comienza por los elementos (o argumentos) introducidos en el concreto debate por los protagonistas del caso. Esto significa que no se da un debate sobre la base de *todos* los elementos involucrados por los principios en conflicto y,

⁴⁴ En realidad, la propuesta de Moreso querría llegar a eso. Véase Moreso, Jose Juan, “Conflitti tra principi costituzionali”, *op. cit.*, pp. 202-206 (nota 25); “A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano”, *Ragion Pratica*, vol. 18, 2002, pp. 241-248.

⁴⁵ Luzzati, Claudio, “Le metafore della vaghezza”, *Analisi e diritto*, 1999, pp. 117-130, p. 117.

⁴⁶ Analiza el punto Iglesias, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, vol. 23, 2000, pp. 77-104.

⁴⁷ ¿Excepto posiblemente en condiciones ideales? Cfr. Sardo, Alessio, “Three Theories Of Judicial Balancing: A Comparison”, *op. cit.*(nota 42)

⁴⁸ Iglesias, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *op. cit.*, p. 79 (nota 46).

⁴⁹ *Idem.*

además, que la decisión final siempre se sitúa en un punto de una escala valorativa. El razonamiento expresado en la decisión por parte de los intérpretes parece una racionalización *ex post* de una atribución de significado a los principios interpretados.⁵⁰ Pero el problema no es éste⁵¹ ya que lo mismo sucede con las reglas. La cuestión, por el contrario, reside en el grado de “legitimidad” de estas atribuciones de significado; esto es, no parece tratarse tanto de un problema analítico-interpretativo, sino más bien de un problema constitucional de política del derecho.⁵² En cierto sentido, de este modo se pone finalmente de manifiesto que la relación entre derecho y política nunca ha desaparecido.⁵³ Schauer ha sostenido que los derechos maduros funcionan a través de reglas, mientras que la ponderación sería típica de los sistemas más jóvenes.⁵⁴ Sin embargo, esto no aporta mucho a la comprensión del fenómeno porque tampoco explica la ausencia de estabilización de las revisiones que, por lo que puede observarse, resultan algo precarias tanto en viejos como en nuevos ordenamientos.⁵⁵ Está claro que en la medida en que sea posible transformar los principios en reglas, se disolverá la necesidad de ponderarlos. La difusión de la ponderación quizás

⁵⁰ Pozzolo, Susanna y Escudero Alday, Rafael (eds.) *Disposición versus norma*, Lima, Palestra, 2011.

⁵¹ Creo que la distinción entre principios y reglas debe adoptarse en sentido débil. Sobre este punto véase Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, vol. 34, 2011; Barberis, Mauro, “Esiste il neocostituzionalismo?,” en *Analisi e diritto*, 2011. Me parece que es una confusión hablar de mayor o menor normatividad de reglas y principios, como propone Mauro Barberis en el texto indicado.

⁵² Wróblewski, Jerzy, “Legal syllogism and rationality of judicial decision”, *Rechtstheorie*, núm. 5, 1974, pp. 33-46. Entre lo más reciente sobre este punto y sobre interpretación de los derechos fundamentales, véase Mazzaresse, Tecla, “Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali”, en *Ragion pratica*, vol. 35, 2010.

⁵³ Esto, a mi parecer, justifica o sugiere la oportunidad de adoptar una perspectiva realista. Marra, Realino, “Liberi da Kelsen. Per un vero realismo giuridico”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 1, 2012; Pozzolo, Susanna, “Onde está o direito? Pluralismo jurídico e conceito de direito: reflexões à margem do pensamento kelseniano”, Moura Costa Matos, Andityas Soares de y Santos Neto, Arnaldo Bastos (eds.), *Contra O Absoluto. Perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen*, Curitiba – Paraná, Juruá, 2011.

⁵⁴ Véase Schauer, Frederick, “Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: a Case Study in Comparative Constitutional Architecture”, en Nolte, Georg. (ed.), *European and US Constitutionalism*, Göttingen, Georg-August-Universität, 2005, pp. 49-69. Véase también, del mismo autor, “The Exceptional First Amendment”, en Ignatieff, Michael (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2005.

⁵⁵ Véase Pozzolo, Susanna y Ramos Duarte, Ecio O., “Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral de Constituição”, *op. cit.*, pp. 104-123 (nota 40)

es síntoma de cuanto, al menos por el momento, sean conflictivas nuestras sociedades.

En la medida en que la ponderación alcance un equilibrio social y ampliamente compartido (reduciéndose el dato cuantitativo del contraste interpretativo), en este sentido, “ganando el principio mejor”, también el término o el concepto valorativo interpretado podrá ofrecer información (y no sólo contenidos valorativos).⁵⁶ No obstante, el problema es que si se da la ponderación no existe acuerdo o concordancia y, además, la decisión del tribunal no se toma a través de los platillos de la balanza, y entonces el resultado será un parámetro o un significado fijado por el tribunal. Será posible comprobar qué elementos ha tomado el tribunal en consideración o proceder a una nueva y distinta valoración pero, en cualquier caso, unos y otros serían parámetros relativos al tiempo y al lugar en el cual se decide.⁵⁷ Esto muestra que, para contener la acusación de arbitrariedad en la interpretación constitucional, los ejemplos de “regularización” o “juridificación” de ciertos criterios, sobre la base de los que se construyen las proporciones entre los valores considerados, no son suficientes. O, mejor, esas regularizaciones pueden fijar parámetros contingentemente; si el criterio establecido se sigue en las decisiones sucesivas, la aplicación del principio —ahora precisado/concretizado— se habrá re-dibujado como regla; esto es, su grado de vaguedad se habrá parcialmente reducido porque será (momentáneamente) socialmente reconocible (aunque no sea unívocamente compartido).⁵⁸

Los valores constitucionales están abiertos a diferentes modalidades de aplicación y su concretización es históricamente determinada y modificable, si bien ambas quedan comprendidas en un amplio marco. El debate

⁵⁶ Por ejemplo, tendremos un dato informativo sobre qué comportamientos aquella sociedad, o la mayor parte de sus componentes, considera degradantes o sobre cuáles comportamientos considera como casos de tortura, etc. Esto no significa sostener que el término “tortura” o “degradante” tenga un significado verdadero por sí mismo.

⁵⁷ Como en la nota previa se decía, hay datos contingentes, como podría ser la decisión acerca de un nivel mínimo económico hoy en Italia o en Perú, en Suecia o en China. Tal “mínimo” será diferente dependiendo de las condiciones de cada país.

⁵⁸ Sobre eso véase Iglesias, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *op. cit.*, p. 83 (nota 46). El ejemplo propuesto por Iglesias, como ella misma advierte, no es precisamente correcto, pero es realmente útil para comprender este punto. “Rojo” puede llevar a discutir sobre distintas tonalidades, pero el término “color” abre una gama de posibilidades decididamente más amplia y comprende, además del rojo, también la tonalidad de “verde”, de “amarillo”, etc. Esto es, mientras el concepto simple tiene un sólo orden de características, el concepto complejo tiene distintos órdenes posibles.

público y la democracia ganarían algo más de esa situación en la medida en que los intérpretes de los principios y valores constitucionales, que debaten sobre el significado de los principios en conflicto, ofrezcan la que para ellos es la mejor aplicación del concepto en cuestión.

En cualquier caso, también esta configuración de los principios deja abiertos muchos problemas. En primer lugar, la confrontación parece necesariamente dirigirse hacia el núcleo del significado –porque la discusión tiene que ir al corazón del concepto y no limitarse a los casos marginales, que no estarían en discusión⁵⁹– y esto hace surgir el peligro de que el desacuerdo sustantivo colapse sobre el conceptual.⁶⁰ En segundo lugar, si se logra tener un conjunto de características que distingan al concepto (un criterio connotativo), parece claro que a un mayor grado de satisfacción corresponde con una menor incertidumbre.⁶¹ Sin embargo, el problema sigue siendo justamente la concreción de ese criterio.

Quizá debería cambiarse de perspectiva y buscar soluciones realmente nuevas: discutir más profundamente nuestras creencias en torno al derecho y quizás considerar la idea de la estabilidad de los textos legales como solo aparente. Tal vez porque haya siempre un margen de apertura significativa, tanto que en los conflictos se reabre la discusión en una sede distinta.⁶² Parece acertado afirmar que el significado de nuestro lenguaje está conectado con nuestras creencias y, por lo tanto, puede ser explicado en relación con las prácticas compartidas. También nuestros actos de habla son comportamientos, comportamientos lingüísticos. En este sentido, quizá no sirve de mucho reducir la cuestión de la interpretación y de los conflictos acerca de los derechos constitucionales a un mero análisis lingüístico. El significado de las cláusulas constitucionales está claramente vinculado con el valor que la comunidad otorga a ciertos bienes, al propósito que asigna a la existencia de la constitución.⁶³

⁵⁹ *Ibidem*, p. 86.

⁶⁰ Marisa Iglesias nota como esto parece suceder si consideramos que las controversias sobre la vaguedad son determinadas por la incertidumbre; esto es, una situación donde los miembros de la comunidad lingüística no tienen certeza sobre los elementos adecuados para dar un sentido preciso al concepto. Si, por el contrario, se asumiera que la dificultad está conectada a meras zonas de incertidumbre – y, por tanto, el sentido del concepto estaría solo *underdetermined* – entonces se podría reconstruir la oposición entre interlocutores como una oposición en la que cada intérprete considera que ha identificado la mejor solución del caso. Distintas soluciones, pero todas a partir de los elementos compartidos.

⁶¹ Luzzati, “Le metafore della vaghezza”, *op. cit.*, pp. 120-122 (nota 45).

⁶² *Ibidem*, p. 125.

⁶³ *Cfr.* Iglesias, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *op. cit.*, p. 98 (nota 46).

Es cierto que hoy en día resulta difícil ocultar la utilidad de la ponderación en la aplicación de los principios: el problema es que no está muy claro cómo se asigna en cada ocasión el peso, según qué criterio. Obviamente, si fuese posible estructurar en cada ocasión los intereses a lo largo de una línea métrica compartida, no habría en realidad necesidad de ponderación. Por el contrario, a falta de una unidad de medida clara, parece necesario comparar la incommensurabilidad: peso con longitud, calor con sabor, etc. Según algunos⁶⁴, esto –la comparación de lo incommensurable– conduce hacia el agnosticismo moral. Unos distinguen entre casos de conflicto y casos dilemáticos: en los primeros los valores, aunque con dificultad, serían jerarquizables, mientras que en los segundos no habría razones para decidir en favor de uno u otro valor.⁶⁵ Otros,⁶⁶ distinguiendo entre incommensurabilidad e incomparabilidad, afirman que no habría posibilidad de ninguna ponderación o equilibrio si la primera implicase la segunda; lo que hace posible la comparación es la existencia de un tercer criterio que permita ordenar los otros dos fundando la racionalidad del resultado, pero lamentablemente la elección del tercer criterio sigue siendo opinable. Y que se trata de un problema se muestra llanamente viendo como en muchos casos los tribunales acaban reconstruyendo el conflicto constitucional como si fuese un conflicto entre dos intereses para bajar la carga “fundamental” de la discusión.

En este último modo, sin embargo, si bien se va difundiendo bastante, se debilita la protección constitucional de los derechos y también se hace más frágil la misma constitución porque la se convierte en una variable contingente;⁶⁷ si todos los derechos y los valores están sujetos a ponderación no hay ninguna prioridad.

El peligro concreto es que el peso de la opinión mayoritaria –que defiende un cierto valor constitucional– resulte decisivo frente al interés de individuos particulares, que oponen otros valores constitucionales. Se ha señalado⁶⁸ que los tests de proporcionalidad involucrados en la ponderación se reducen a medir la intensidad de la interferencia sobre el derecho

⁶⁴ Por ejemplo, Waldron, Jeremy, “Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer”, *Hastings Law Journal*, vol. 45, 1994, pp. 813-824.

⁶⁵ Véase Zucca, Lorenzo, *An Exchange on Constitutional Dilemmas*, op. cit. (nota 34).

⁶⁶ Véase Da Silva, Virgilio Afonso, “Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol 31, núm. 2, 2011, pp. 273-301; especialmente, las pp. 282 y ss.

⁶⁷ Véase Tsakyrakis, Stravos, “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, núm. 3, pp. 468-493; especialmente p. 470.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 474.

respecto a la importancia del objetivo perseguido, con pretensión de producir un razonamiento objetivo, neutral. Pero es en virtud de un argumento moral que se asignan grados de prioridad a los valores: la ponderación entendida como principio de proporcionalidad no ayuda a ordenar ya que por sí misma es un criterio de justicia vacío. Entonces, la proporcionalidad se convierte en una metáfora que evoca la precisión matemática o del equilibrio, lo que le otorga una ventaja persuasiva que le permite ocultar su irreducible arbitrariedad. El riesgo, en resumen, está en hacer parecer como fácilmente reducible la complejidad de la comparación entre derechos o valores fundamentales. ¿La ponderación no será una ilusión que acabará en una lenta erosión de la protección jurídica de los derechos? Asignar un lugar en una escala a los valores para resolver la ponderación es adherirse a una teoría sustantiva y, entonces, el resultado de la operación está lejos de ser auto-evidente y neutral respecto a ésta.

No creo, por tanto, que el peligro sea el agnosticismo moral, ya que en la decisión se aplica siempre una teoría sustantiva⁶⁹ parcial que, en efecto, es presentada como neutral. Sin embargo, indudablemente puede darse el peligro de una involución garantista, sobre todo observando ciertas argumentaciones ofrecidas por los tribunales y por la doctrina.⁷⁰ Debe quedar claro que, a mi parecer, el uso de la proporcionalidad –frente a su aparente razonabilidad– puede acabar por ignorar el papel defensivo y garantista que debería darse a aquellos que llamamos “derechos”. En resumen, el

⁶⁹ Es paradigmática la oposición entre Robert Alexy y Jürgen Habermas: si bien el primero defiende la ponderación, el segundo la crítica severamente, sosteniendo que conduce al abandono de conceptos definitivos como justo/equivocado, correcto/incorrecto, en favor de la adopción de otros menos precisos, como adecuado/inadecuado, con lo que la misma justificación pierde fuerza a causa de la discrecionalidad. Véase Alexy, Robert, “Constitutional Rights, Balancing and Rationality”, *Ratio Juris*, vol. 16, 2003, pp. 131-140.

⁷⁰ Tsakyrakis, tomando un ejemplo utilizado por David M. Beatty (*The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 186), señala que el peligro está en la mala elección de los valores a sopesar. En el texto citado, por ejemplo, se contraponen la gravedad de la ofensa a la dignidad de los negros al forzarlos en clases separadas con la ofensa a la dignidad de los segregacionistas, es decir, de los blancos, al ser forzados a la integración. Afirma Tsakyrakis: “Una lectura apresurada de las palabras de Beatty llevará a concluir que la razón por la que la no segregación era requerida por la Constitución de los Estados Unidos se basaba en que el daño causado a los negros superaba el causado a los blancos. De aquí parecería seguirse que si la pérdida del sentido de superioridad de los blancos fuera mayor que la pérdida de los negros de su propia estima, la solución sería diferente. Pero esta es una absurda conclusión que contraviene nuestras intuiciones básicas acerca de los fundamentos de los derechos humanos. Erosiona los puntos característicos de los derechos al transformarlos en algo cuantificable”. *Cfr.* Tsakyrakis, Stravos, “Proportionality: An Assault on Human Rights?” *op. cit.*, p. 448 (nota 67).

lenguaje de la proporcionalidad antes que aclarar los aspectos morales y políticos involucrados, los oscurece tras una aparente racionalidad.

4. El derecho y la justicia: la interpretación moral de la constitución

El neoconstitucionalismo explica la difusión de la ponderación como una exigencia derivada de los nuevos criterios de validez del estado constitucionalizado, donde aquello que era considerado un juicio externo, ético, sobre la justicia de una norma, ahora es considerado un juicio interno sobre la validez. De este modo, la justicia entra a formar parte de los criterios de validez del sistema: pasa a formar parte de los criterios de la regla de reconocimiento, razón por la cual la interpretación moral de la constitución se hace necesaria.

Sobre las relaciones entre DERECHO Y MORAL existe una inabarcable literatura a la que no queda más remedio que remitir. No obstante, se pueden proponer algunas breves reflexiones.

En primer lugar, la justicia que pasa a formar parte de los criterios de validez ciertamente no es la justicia en cuanto tal (entidad, por otra parte, desconocida) sino, en cambio, un particular concepto de justicia preferido a otros. Sin embargo, por otro lado, parece obvio que la constitución incorpora una cierta visión ética: como muestra Kelsen, la elección misma de un banal procedimiento representa una decisión sustantiva. Por lo tanto, si el argumento quisiera decir únicamente esto sería poca cosa. ¿Qué más entonces?

Defendiendo la interpretación moral en realidad se obtiene la legitimación para proceder a través de continuas ponderaciones derivándose, como efecto en cadena, una difusa labor de concretización de los principios. Sin embargo, a causa de la formulación amplia o vaga de los principios las concretizaciones se configuran diversas precisiones de los principios interpretados; es decir, éstas especifican casos diversamente connotados, siendo todos ellos subsumibles bajo la misma formulación del conflicto (entre los principios involucrados). Esto, contrariamente a lo que debería asegurar la presencia de la moral en el derecho, evidencia la constante falta de relación biunívoca, que se vuelve a proponer nuevamente entre concretización y precisión. El camino podría prefigurar una amplia labor de especificación que, como ha escrito Schauer, podría ser síntoma de maduración del ordenamiento jurídico. Puede darse también que esto suceda en el futuro, pero es difícil poder pensarlo ahora, cuando parece irrefrenable la continua revisión de las precisiones efectuadas, cosa que vuelve a poner perennemente

en entredicho el resultado de la ponderación, haciendo más incierto el derecho.

En segundo lugar, hay que subrayar que las constituciones contemporáneas se caracterizan por un cierto grado de pluralismo, acogiendo una perspectiva ética más bien genérica y amplia, que permite un múltiple número de concreciones y precisiones compatibles con su dictado. Adoptando entonces un acercamiento descriptivo, se podría verificar en sucesivas ocasiones la compatibilidad de la concreción interpretativa propuesta por el intérprete con el abstracto principio constitucional; pueden darse múltiples concreciones debidas a la amplia formulación de los principios sin que la elección de una u otra incida sobre su validez o sobre la validez del enunciado normativo de principio. En este sentido, como se ha dicho también en el precedente parágrafo, los significativos contrastes de los intérpretes, lejos de ser síntoma de la insignificancia del texto, podrían valorizar la mejor aplicación del concepto en discusión. Pero, en tal caso, la argumentación adoptada en favor de una particular concreción ofrecerá claramente razones dirigidas a influir el juicio externo subjetivo, pero aquella no probará “verdad” alguna. La tesis argumentativa permanece siempre como una opción entre otras, todas ellas en grado de declinar positivamente los principios constitucionales en cuestión. En síntesis, el sentido concreto de los principios se funda sobre una opción política que reconstruye los conceptos de modo compatible con una de las diversas concepciones transmitidas por el texto constitucional.

Por el contrario, afirmar que la justicia (o la moral) pasa a formar parte de los criterios de validez sugiere algo más; en particular, que la tesis argumentativa es la única o aquella correcta. En efecto, el discurso ya no es descriptivo sino directamente normativo. Es verdad que, en la medida en que la tesis argumentativa fuese ampliamente compartida (por lo que los intérpretes evidenciarían sobre el punto un bajo grado de desacuerdo), ésta reflejará la formulación de un principio que es parte de la moral positiva (la moral difundida entre los participantes), pero nada autoriza a atribuirle objetividad más allá de este simple dato de hecho, como parecería que quisiera hacer el argumento neoconstitucionalista.

En tercer lugar, si bien es difícil negar que entre derecho positivo y moral positiva existe una estrecha relación, bien diferente es afirmar que la juridicidad del principio depende de su bondad. La validez del principio depende en realidad de un acto de voluntad dotado de autoridad jurídica. Y, en efecto, los principios constitucionales son parte de un documento jurídico dotado de tal característica: un documento considerado vinculante y observado por los miembros del grupo social. Además, la constitución

incorpora una cierta teoría política susceptible de diversas concreciones, y es sobre esta última que se realiza la argumentación. Es una práctica persuasiva y sujeta a las contingencias que conforman el tipo de conflicto, el caso, el tiempo histórico, el grupo social y la ideología de los juristas y de los participantes. Y es siempre una decisión dotada de autoridad jurídica la que determina posteriormente el sentido específico de los principios en conflicto, y lo resuelve construyendo entre éstos una jerarquía axiológica.

Una forma diferente de argumentar la necesidad de la interpretación moral de la constitución es reconstruyendo las normas jurídicas como razones para actuar; desde esta óptica, se sostiene que las normas jurídicas deben ofrecer una justificación última de las acciones. La tesis ha sido sostenida, por ejemplo, por Carlos S. Nino⁷¹: la “verdadera justificación jurídica” de una decisión jurídica no puede ser separada de consideraciones morales.

Ahora bien, se ha señalado que si un razonamiento completo (bien formado) está compuesto por las razones no superfluas que conducen a la decisión, entonces puede existir una justificación jurídica sin recurrir a argumentos morales, siendo suficientes la premisa normativa y la premisa factual. Por ejemplo: 1) “Si *p*, debe ser *q*”, 2) *p*, 3) *q*, entonces las ulteriores premisas –como “Se debe obedecer al legislador democrático”, “El legislador democrático ha emitido la norma *p*”– y las ulteriores derivaciones –como “Debe ser *q*”– son lógicamente superfluas.⁷² Pero ésta no es una justificación última porque termina en la norma positiva. Hay que preguntarse si tal pretensión no hace irrelevante el derecho en favor de las normas morales.⁷³

⁷¹ Nino, Carlos S., *El constructivismo ético*, Madrid, CEPC., 1989.

⁷² Redondo, Cristina *et al.*, “Argumentación Jurídica, Lógica y Decisión Judicial”, *Doxa*, vol. 11, 1992, pp. 247-262.

⁷³ Para explicar y justificar la técnica de la ponderación, entender su estructura, el mismo Alexy la incluye en el ámbito más amplio del principio de proporcionalidad. Ya en la teoría de los derechos fundamentales Alexy afirma que “es inaceptable un orden de jerarquía abstracto de valores de derecho fundamental, sea este orden cardinal u ordinal”. *Cfr.* Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 153 (nota 27). Si fuese posible jerarquizar los principios éstos operarían como reglas, pero se estaría en la schmittiana “tiranía de los valores”. Aquello que pone en discusión Alexy es justamente la idea de un derecho como regla, de un derecho que regula en manera determinada: opaca. *Cfr.* Schauer, Frederick, *Playing by the Rules*, Oxford, Oxford, 1991 (en castellano *Las reglas en juego*, Marcial Pons, Madrid, 2004). No existe una lógica de los valores –*Cfr.* Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 154 (nota 27)– o, al menos, no en el sentido en que se suele decir que existe para las reglas. Cuando los principios entran en colisión siempre se hace necesario tomar en consideración el principio opuesto, no se da un criterio de precedencia determina-

Se cuestiona posteriormente la regla de reconocimiento. Si se sostiene que la regla de reconocimiento es de tipo conceptual, las normas jurídicas pertenecerán al sistema en la medida en que satisfagan los criterios identificados por la regla y el problema de la normatividad del derecho será de tipo sociológico pero no teórico general y, por tanto, entraría en aquella área de consideraciones externas que versan sobre el derecho. Si se considera que la regla de reconocimiento es normativa, entonces el problema de la normatividad del derecho es interno y la identificación pasa por una calificación deóntica. Aquello que se requiere en este segundo caso es saber si hay una obligación jurídica de obedecer al derecho, no pudiendo ser la respuesta fáctica sino sólo normativa. Y si las razones últimas son por definición razones morales, queda claro que la justificación de la obligación no podrá ser más que moral. De este modo, desaparece la distinción entre lo jurídico y lo moral: tanto lo uno como lo otro forman parte de un único razonamiento práctico, de un único ámbito normativo.

do entre los valores (*Ibidem*, p. 155: “Al suponerse relaciones absolutas de precedencia entre los valores, éstos son colocados al mismo nivel que las reglas por lo que respecta a su comportamiento en caso de colisión.”). En síntesis, en oposición a un derecho de reglas opaco y por ende justificado, aquí se da transparencia y continua necesidad de una nueva justificación del “deber ser”. Dados estos presupuestos, no podían faltar las objeciones respecto del juicio de ponderación, y Alexy responde a las objeciones reclamando la posibilidad de fundar racionalmente los juicios así formulados. No obstante, ¿qué significa fundar racionalmente? En este ámbito significa al menos ofrecer buenos argumentos en favor de una tesis. Y los buenos argumentos, al final, persuaden o no son buenos, pero no prueban nada. Por ende, si se toma en serio, la objeción no ha sido superada. La famosa regla de la ponderación de acuerdo con la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”, se basa sólo en opiniones y en buenos argumentos, como ya se ha buscado evidenciar. De la reflexión alexyana sobre la ponderación, los derechos y los valores, emerge claramente que los derechos constitucionales en la perspectiva neoconstitucionalista no son ya los polos de una oposición entre personas e instituciones, o el “muro de fuego” (Habermas) que defiende al individuo de la ingerencia del derecho. Estos se convierten más bien en una materia suave que modela el “deber ser” constantemente, en aparente razón de un “ser” que cambia y que se particulariza. En realidad, esta continua adaptación pone profundamente en cuestión los esquemas, los conceptos y las ideas jurídicas heredadas por la tradición. Sin embargo, aquella no ofrece aún ningún sustituto válido. Es decir, ¿podrán los tribunales sustituir a los legisladores a la hora de conformar y concretizar el derecho? ¿Qué legitimidad podrán exhibir? Si el principio/valor del consenso pierde su centralidad, ¿cómo afecta esto a las instituciones democráticas? Si las reglas nos permiten que sujetos y situaciones diversos puedan ser considerados iguales sólo cuando son subsumidos bajo un único punto de vista, ¿podemos hacer lo mismo mediante los principios?

A. *Equilibrios entre poderes e interpretación moral de la constitución.*

El argumento en favor (de la necesidad) de la interpretación moral de la constitución contrapone en alguna medida ésta a la interpretación literal, la cual podría tener el mérito de favorecer la certeza del derecho, pero que pagaría el precio determinante de no responder con justicia a las cuestiones constitucionales que se presentan en los tribunales (o en los debates parlamentarios), no pudiendo tener en cuenta las variables que cada caso conlleva, lo que parece que la “alejara” de la letra de la norma. Ciertamente, se trata de un caso de ponderación de valores, ¿quizá entre una mayor certidumbre y una justicia más cercana a los casos concretos? Es evidente que la consideración de las cuestiones en juego es aún más compleja, y difícilmente es reducible a esta simple ponderación considerando las múltiples implicaciones que se derivan.⁷⁴ Sin embargo, aun en este caso, aquello que permitirá tomar una decisión será la adopción de un tercer criterio de preferencia que en estas páginas se encuentra representado por el punto de vista del constitucionalismo garantista y, por ende, de sus valores y objetivos.

Se pueden entonces realizar algunas consideraciones. Antes que nada, hay que señalar una dificultad de orden estructural: la interpretación moral de la constitución implica que la propia constitución no puede ser ya asumida como la norma más elevada del ordenamiento jurídico. La constitución no cierra el sistema: se presupone que es interpretada a la luz de principios superiores, supraconstitucionales,⁷⁵ de los cuales ciertamente no es que no quede clara su naturaleza.

Se presentan después dificultades semi estructurales, político-jurídicas, relativas al equilibrio entre los poderes constitucionales. Si, en la interpretación moral de la constitución, el agente consciente del cambio es el juez constitucional, entonces hay que notar que en verdad también el juez ordinario es investido con la misma competencia en la medida en que el texto constitucional se encuentre sujeto a una interpretación dirigida a derivar normas directamente aplicables a las controversias.⁷⁶ Si bien la actividad de

⁷⁴ Por ejemplo: ¿Cuánto pesa la formación del magistrado llamado a decidir la causa? ¿se encuentran preparados los actuales magistrados para enfrentar cuestiones de este tipo (y ya no solo cuestiones “técnico-jurídicas”)?

⁷⁵ Cfr. Troper, Michel, “La nozione di principio sopracostituzionale”, *Analisi e diritto*, 1996.

⁷⁶ En relación a los efectos horizontales de los derechos constitucionales, Cfr. por ejemplo, por último, Guastini, Riccardo, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milan, Giuffrè, 2004, Guastini, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, op. cit. (nota 43).

la aplicación del derecho no es ciertamente una actividad mecánica (pues el proceso interpretativo y de decisión del juez implica elecciones), la separación de poderes, más allá de su dimensión ideológica, ofrece un instrumento de garantía de los derechos individuales. En este cuadro de división, el tribunal constitucional representa un tercer órgano de garantía; sin embargo, con la interpretación moral de la constitución, su rol se transforma hasta ser reclamada dentro de la magistratura, por lo que esta última viene investida al mismo tiempo con un fuerte papel político.

Por el contrario, en el modelo de la división de poderes sólo el poder legislativo está legitimado para producir *nuevo* derecho —posición de poder a la que corresponde su responsabilidad política— y el poder jurisdiccional tiene labores de aplicación (de garantía, de igualdad y de certeza), de manera tal que el tribunal constitucional asume una posición externa y de tercero respecto a esta división (de garantía y de tutela contra las leyes lesivas de los derechos o no conformes a la constitución). En este panorama institucional, el tribunal constitucional representa una barrera contra las decisiones políticas que se salen de los cauces del río constitucional; de esta forma, se limita y se circunscribe su competencia para producir *nuevo* derecho⁷⁷. La dosis de poder judicial ejercido por el tribunal constituye un instrumento de contrapeso respecto al posible arbitrio de la mayoría legislativa. El poder —por su naturaleza— tiende siempre a concentrarse y tiene que ser constantemente vigilado y jurídicamente limitado.

El modelo de constitución neoconstitucionalista, por el contrario, no insiste sobre la división del poder, dado que el poder mismo se ha modificado genéticamente: éste es controlado y necesariamente subordinado a la constitución, siendo naturalmente limitado. Dado que la limitación deriva de la disciplina dictada por la constitución, las decisiones políticas del legislador serán también fuertemente limitadas por los parámetros constitucionales. A menos que uno adhiera a una teoría de la interpretación cognitivista,⁷⁸ es difícil negar que esto no aumenta el poder dispositivo de la jurisdicción.⁷⁹

Si bien “democracia constitucional” es una locución a la que se le pueden atribuir varios significados, me parece que ésta implica, por lo menos, lo siguiente: las ideas de igualdad, de autonomía y autodeterminación de los participantes en la comunidad política; y una regla de mayoría, como

⁷⁷ Cfr. Eisenmann, Charles, *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche* [1928], Presses Universitaires D'aix, Marsella, 1986.

⁷⁸ Cfr. Guastini, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, op.cit. (nota 43)

⁷⁹ Esto abre el temido peligro del “gobierno de los jueces” y, al menos en parte, el peligro del gobierno de los juristas, si bien aparentemente se disuelve aquel de la “tiranía de la mayoría”.

necesidad funcional, no sólo cerrada al cambio sino restringida, de la cual se encuentran excluidos ciertos ámbitos normativos. Dentro del marco constitucional, los sujetos *delegados* para tomar las decisiones políticas tienen la libertad de crear jerarquías de valores –de las cuales son políticamente responsables– para perseguir los objetivos socio-políticos que consideran prioritarios. También desde esta perspectiva la interpretación moral de la constitución plantea algunas perplejidades: (i) ¿la discusión intersubjetiva que caracteriza a la democracia es un valor fundamental (porque estimula la autonomía de los individuos, su participación en la vida social, etc.)?; (ii) ¿se considera que el proceso democrático, en cuanto procedimiento dirigido a alcanzar la unanimidad de los consensos, aún limitado por la regla de la mayoría (al cual se le reconoce generalmente un valor intrínseco, precisamente porque respeta la autonomía y la autodeterminación de los individuos), es más ventajoso que la reflexión individual?, por lo que (iii) ¿se explica, sin negar las anteriores premisas, la superioridad moral del juicio del juez (constitucional⁸⁰) respecto de la valoración del legislador?

La objeción no afecta a la utilidad de un control de constitucionalidad sobre las leyes, porque las decisiones tomadas por la mayoría podrían, en cualquier caso, presentar vicios de forma y de contenido, y el control de constitucionalidad es un juicio de compatibilidad constitucional. Por el contrario, la interpretación moral, aumentando el valor dispositivo (y no sólo satisfaciendo aquél de garantía), debilita el principio de la autodeterminación y atribuye labores educativas a la aplicación del derecho por parte de los magistrados.⁸¹

Aquello que es atacado por la interpretación moral de la constitución son las mismas razones en favor del proceso democrático, además de aquellas en favor de la persistencia de la constitución misma. En efecto, desde esta perspectiva, se configuran sujetos políticamente irresponsables, y por lo demás, inflexibles a reformular las decisiones políticas y de valor adoptadas democráticamente: si la reflexión moral individual de un solo juez (o de algunos “sabios”) es considerada superior a la discusión intersubjetiva, ¿qué sentido tiene mantener un procedimiento para la toma de decisiones colectivas de tipo democrático? La persistencia de la constitución, entendida como un documento auto-vinculante establecido por los ciudadanos, no tendría razón de ser porque el juicio moral del juez sería siempre más justo

⁸⁰ Pero también del ordinario cuando interpreta la constitución *contra legem*.

⁸¹ Tampoco esta objeción afecta a la utilidad del juicio de constitucionalidad de las leyes, en la medida en que sean los individuos (asumiendo el papel del poder constituyente) quienes establezcan una forma de auto-paternalismo a través del texto constitucional.

respecto de aquello que establecen las normas constitucionales. Pero los problemas emergen “en racimos”⁸²: ¿quién controla al controlador?⁸³ Si la tutela de los derechos se confía a la palabra del juez separada de la letra del derecho, ¿no se hace menor la relevancia del derecho positivo tal y como lo conocemos?

Es cierto que la histórica precariedad de los derechos ha sido parcialmente resuelta cuando estos han encontrado un terreno más seguro mediante su transcripción jurídica y constitucional. Además, no habiendo sido jamás alcanzado un acuerdo sobre un conjunto determinado de normas morales, la operación que transfiere los derechos del discurso jurídico al moral crearía sólo la ilusión de su seguridad, escondiendo su intrínseca fragilidad.⁸⁴

Hay también que considerar que la aplicación dúctil⁸⁵ del derecho tiene incidencia directa sobre la tutela de los derechos dado que termina siendo confiada tal tutela al “buen juez dotado de buen sentido”. Si bien es cierto que de jueces de este tipo existen muchos, desde un punto de vista mínimamente garantista no puede considerarse más que un fracaso total. Mejor sería adoptar la perspectiva del “bad man” dado que, si el derecho debe ser un instrumento de garantía, su estructura debe considerar qué instrumentos activar cuando hubiese de acabar en las manos equivocadas, y no sólo a los posibles beneficios que derivan de su manipulación por obra del “buen juez”. En efecto, el derecho es siempre expresión del poder y presenta dos caras: una de garantía y otra de opresión. Contraponer presuntas priorida-

⁸² Parafraseando una eficaz imagen de Bruno Celano sobre el surgimiento de los derechos constitucionales (“¿Cómo debe ser la disciplina constitucional de los derechos?”, *op. cit.*)

⁸³ *Cfr.* Guastini, Riccardo, “Le garanzie dei diritti costituzionali e la teoria dell’interpretazione”, *Analisi e diritto*, 1990, pp. 99-114.

⁸⁴ Algunos critican la previsión constitucional de los derechos sobre la base del hecho de que tal inserción restringe su alcance, por un lado, y la previsión de un catálogo finito de derechos no garantiza “todos” los derechos exigidos por una sociedad plural, por el otro. *Cfr.* Waldron, Jeremy, “A Rights-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1993, pp. 18-51; Para la posición contraria véase Moreso, José Juan, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Il Convengo Ragion Pratica*, San Remo, 1997 (publicada en *Discusiones*, vol. 1, 2000). Otros, como Stephen Holmes, sostienen que la estrategia de la inserción de un *Bill of Rights* en el texto constitucional constituye una forma de autopaternalismo (justificado), un vínculo que refuerza la democracia: *Cfr.* Holmes, Stephen, “Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia” [1988], en Zagrebelsky, Gustavo *et al.* (eds.), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, 1996, pp. 167-208. *Cfr.*, también, Bulygin, Eugenio, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, CEPC, 1991, pp. 619-625; Guastini, Riccardo, “Diritti”, *Analisi e diritto*, 1994, pp. 163-174.

⁸⁵ *Cfr.* Zagrebelsky, Gustavo, *Il diritto mite*, *op. cit.* (nota 22).

des de justicia concreta y sustancial frente a las exigencias de certeza, determinación y estricta legalidad (contraponiendo de este modo la interpretación moral a la aplicación del dictado de la ley) no es una operación sin riesgos ya que la dimensión garantista del derecho se disuelve, y permanece así incluso cuando no sea el buen juez el llamado a juzgar.⁸⁶

B. *Un lugar para la jurisdicción.*

Afirma Alexy: “Hay dos diversas teorías (*Konstruktion*) básicas de los derechos fundamentales: una estrecha y rigurosa (*eng und strikt*), y otra amplia y comprehensiva (*weit und umfassend*); la primera es denominada ‘teoría de las reglas’, la segunda ‘teoría de los principios’”.⁸⁷ Señala correctamente Alexy que ninguno de los dos modelos teóricos se da plenamente en la realidad, pero ciertamente se dan aproximaciones: tendencias hacia uno u otro paradigma. Según Alexy, dicho esto, el punto es definir cuál es la mejor entre estas teorías para dar cuenta de las constituciones dotadas de un catálogo de derechos y de jurisdicción constitucional. Se trata, en verdad, también de comprender qué entiende Alexy —y, más en general, el neoconstitucionalismo— con la locución “dar cuenta de” ya que, si adoptamos la gran división, más bien parece difícil negar que aquí se desarrolla un discurso

⁸⁶ Así, en defensa de la interpretación moral contra “el positivismo jurídico duro” es recordada habitualmente la tristemente célebre locución “la ley es la ley”. Es bueno notar cómo esto es sólo un artificio retórico: hay que hacer notar la ambigüedad de la locución una vez extrapolada del contexto histórico en que nació. En el ámbito de una sociedad constitucional, democrática y plural, una afirmación del tipo puede sólo ser leída en la perspectiva positiva del garantismo legislativo. Cfr. Garzón Valdés, Ernesto, “No pongas tus sucias manos sobre Mozart. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia”, en Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, Moral y Política*, Madrid, CEPC, 1993. Si la autonomía y la libertad son valores y el derecho un “mal necesario”, la afirmación del valor de la ley es una garantía contra las imposiciones morales de quien sea. “La ley es la ley”, por lo tanto, representa una restricción prescriptiva de la libertad interpretativa del juez, una interpretación que —haciendo referencia al significado común de las palabras— restringe el ámbito dispositivo de la interpretación judicial. Esto puede parecer un defecto cuando la solución legislativa no satisface el sentido de justicia del intérprete, y comúnmente en estos casos los jueces configuran la existencia de una laguna axiológica. Pero hay que hacer una precisión. Existe una diferencia entre el caso en que sea judicialmente prevista una excepción al dictado legislativo sobre la base de una consideración *abstracta* de las leyes, y el caso en que la excepción sea construida sobre la base de una consideración *concreta* de las leyes: en el primer caso la excepción permanecerá también para los casos futuros (satisfaciendo el principio de igualdad y de certeza), pero no en el segundo.

⁸⁷ Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *op. cit.*, p. 3 (nota 43).

normativo. La teoría de los derechos fundamentales es una doctrina, una tesis normativa sobre cómo debería ser el derecho, una tesis que se basa en valores fundacionales y ampliamente compartidos, para hacer que estos se transformen en derechos positivos, aplicados y defendidos por los órganos institucionales. Estos derechos se pueden describir en sus aplicaciones, señalando también los confines lingüísticos; o bien, a partir de alguna doctrina política, se puede sugerir una u otra declinación positiva. Esta segunda actividad es política y hace uso de instrumentos teóricos, pero su objetivo no es científico sino práctico.

III. ¿POSITIVISMO NEOCONSTITUCIONALISTA?

El éxito del término “neoconstitucionalismo” no podría explicarse sin tener en cuenta la tendencia ideológicamente convergente de una parte de los iusfilósofos positivistas.

Las declinaciones del neoconstitucionalismo⁸⁸ fueron acompañadas, y es bueno notarlo, por una difusa tendencia moralista de la ciencia jurídica positivista que ha revestido también todo aquello que se incluye bajo la genérica etiqueta positivista.⁸⁹ Es así que se presenció el surgir de diversos y ulteriores positivismos, algunos realmente afines al neoconstitucionalismo (por ejemplo el *soft* o aquel *incluyente*⁹⁰). Cada uno de ellos presenta peculiaridades, pero todos tienen por lo menos un elemento en común: nacen al calor *de* o se desarrollan *en torno* a la polémica abierta por Ronald Dworkin sobre la distinción entre normas y principios, y a la conexas disputa sobre las eventuales relaciones entre moral y derecho.⁹¹ Todos proponen una *tercera vía* entre iuspositivismo y iusnaturalismo.

⁸⁸ Por ejemplo: “constitucionalismo de los derechos”, “estado constitucional de derecho”, “constitucionalismo avanzado”.

⁸⁹ Se utiliza la etiqueta “positivista” más para señalar la común diferencia respecto al IUSNATURALISMO que por un conjunto de tesis compartidas, salvo aquella de que el derecho es algo creado por los seres humanos.

⁹⁰ Al primero se contraponen el *hard positivism*, al segundo el *exclusive positivism*, pero existen otros, por ejemplo la pareja positivismo *positivo* y positivismo negativo. Cfr. Escudero Alday, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico, op. cit.* (nota 6), y Escudero Alday, Rafael, “La respuesta positivista al desafío del neoconstitucionalismo: el positivismo jurídico incluyente,” en Pozzolo, Susanna (ed.) *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Lima, Palestra, 2011, pp. 89-118

⁹¹ Cfr. Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977; Hart, Herbert L. A. “Postscript”, en Hart, H. L. A. *The concept of law*, editado por Bulloch, Penelope A. y Raz, Joseph, Oxford, Clarendon Press, 1994.

En general, estos juristas argumentan partiendo de la positivización de valores en el derecho por obra de las cartas constitucionales; siendo tales valores internos al derecho, el jurista puede (es más, debe) verificar y señalar su aplicación, la satisfacción y el respeto, sin que por ello se adopte un sistema normativo externo, es decir, sin hacer política del derecho. Siendo tales valores inherentes al derecho positivo, la verificación de su implementación sería una mera operación cognitiva.⁹² En otras palabras, aquello que estos juristas indican con expresiones como “deber ser del derecho constitucionalizado” no está pensado como un ideal externo al derecho, sino como la necesaria declinación del derecho objetivo impregnado de valores. Tales valores, si no son satisfechos, puede afirmarse que han sido violados jurídicamente (y no sólo moralmente). Esta consideración derivaría simplemente de tener en cuenta la estructura jerárquica de los sistemas jurídicos constitucionales, analizando desde esta perspectiva “los conceptos centrales de la teoría jurídica”,⁹³ como aquel de validez.

El argumento se estructura, grosso modo, asumiendo una jerarquía estructural⁹⁴ entre constitución y ley. Pero aquello que constituye el núcleo de la tesis es provisto por la jerarquía axiológica y material que subsiste entre dichos niveles normativos. Si las *normas* constitucionales *versan* sobre las legislativas – determinando el contenido y obligando a una cierta escala valorativa – entonces verificar que las segundas hayan emanado y se encuentren de conformidad con las primeras se convierte en una mera operación cognitiva. Es claro, al menos para algunos, que este camino presupone que se está trabajando con *normas* y no con disposiciones, por lo que se presupone que todas las operaciones interpretativas han sido ya concluidas y que, por ende, la propia conflictiva pluralidad de valores ha sido ya resuelta. El argumento se basa en una jerarquía estructural (que no versa sobre normas) al cual se suma una jerarquía axiológico-material (que versa sobre normas/valores) para atribuir o negar validez a las normas jerárquicamente inferiores. En suma, se sugiere que una cierta declinación y jerarquía de los valores constitucionales sea necesaria por la propia estructura jerárquica

⁹² En la amplia literatura *Cfr.* por ejemplo, Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, Roma-Bari, Laterza, 2007; Aguiló Regla, Josep *et al.*, *Fragments para una teoria de la constitución*, Madrid, Iustel, 2007; Moreso, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, CEPC, 1997.

⁹³ Moreso, José Juan, “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”, *Isonomía*, vol. 19, 2003, pp. 267-282, p. 272.

⁹⁴ *Cfr.* Guastini, Riccardo, *Il diritto come linguaggio*, II ed., Torino, Giappichelli, 2006, p. 98.

del ordenamiento, casi para individuar una relación tendencialmente bi-
unívoca entre texto constitucional y norma constitucional.

Esta reconstrucción posiblemente podría funcionar si se moviese dentro
de una perspectiva formalista: si no existiese *diferencia* entre disposiciones y
normas.⁹⁵ Pero las cosas no son tan sencillas, y ahora los nuevos positivis-
mos y el neoconstitucionalismo son interrogados sobre el rol que deben
jugar y sobre el sentido que deben tener los principios y los derechos consti-
tucionales, advirtiendo la necesidad de sustraer del arbitrio interpretativo
las disposiciones más fundamentales. En efecto, la perspectiva neoconstitu-
cionalista si bien, por un lado, promueve la aplicación directa de la consti-
tución, por el otro, en la medida en que la constitución no constituye más
que un texto dirigido a los órganos del estado (y es atribuido a la exclusiva
competencia interpretativa de la corte constitucional), se preocupa por la
creciente multiplicación de sus significados concretizados.⁹⁶

Reflexionando sobre este aspecto se puede rechazar la tentación de de-
finir al neoconstitucionalismo como una doctrina antiformalista. Los neo-
constitucionalistas, incluso aquellos positivistas, piensan que existe una
manera correcta⁹⁷ y una errónea de interpretar las disposiciones constitu-
cionales (sobre todo) de principio, dado que la moral determina el conteni-
do del texto. El enfoque de tipo neoconstitucionalista no puede consentir
que sea la interpretación la que decida el sentido concreto de una disposi-
ción de principio, dado que si así fuese –se dice– la constitución perdería su
razón de ser. El antipositivismo de esta perspectiva no es de tipo antiforma-
lista; antes bien, se mueve en dirección contraria, para contener el riesgo de
arbitrio por parte del intérprete. Perdida la confianza en la potencialidad
del legislador liberal, habiendo emergido la crisis de las democracias con-
temporáneas, la reflexión iusfilosófica deviene abiertamente normativa y se
pone claramente en la óptica de solicitar la implementación de los dere-
chos, lo que da sentido a la presencia de una constitución larga, rígida y
garantizada. Es también por esto que en el proceso de constitucionalización
el legislador desempeña un rol fundamental pero negativo: de manera cada
vez más evidente se muestra inadecuado, en los tiempos y en los modos,
para hacer frente a las exigencias de las sociedades en rápido movimiento.

⁹⁵ Cfr., Pozzolo Susanna, y Escudero, Rafael (eds.), *Disposicion versus Norma*, op. cit. (nota 50).

⁹⁶ Sobre la concreción y estabilización del significado, cfr. Pozzolo, Susanna, “Congetture sulla giurisprudenza come fonte”, en Triolo, Lucia (ed.) *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 115-145; Pozzolo, Susanna y Ramos Duarte, Ecio O. (eds.) *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*, op. cit. (nota 40).

⁹⁷ Exagerando se podría afirmar, incluso, que existe una manera “verdadera”.

El *soberano* democrático se dirige a la jurisdicción transformando sus incapacidades políticas en cuestiones judiciales. Los aparatos jurisdiccionales se sienten llamados a intervenir y, para hacerlo, utilizan una constitución densa de principios, sustituyen a un legislador ineficiente e ineficaz, acentuando la crisis de las democracias.⁹⁸

En este mutado panorama, la perspectiva metodológica analítica de un cierto positivismo jurídico y iusnaturalismo es considerada por muchos como insatisfactoria. Esta no ofrece soluciones *constructivas* o *normativas*, sino sólo instrumentos para una crítica *externa* al derecho. No puede sugerir cómo interpretar o cómo distinguir entre interpretaciones acertadas o erróneas; o al menos no puede hacerlo sin negarse a sí misma. El positivismo jurídico realista no puede negar que detrás de las decisiones interpretativas del juez que juzga las leyes existe una cierta concepción, una cierta doctrina, de la constitución: la decisión interpretativa no es mera cognición. Una decisión jurídica podrá presentarse como correcta sólo a la luz de una doctrina que la sostenga o en relación a los propósitos que los intérpretes hayan prefijado alcanzar. Pero lo oportuna o inoportuna que sea permanece obviamente como una cuestión política. La perspectiva metodológica analítica y iusrealista, en el fondo, no pueden sino ofrecer un cuadro, lo más detallado posible, de los sentidos transmitidos por los textos normativos; pero por su propio código genético no puede escoger entre aquellos diversos significados sin transformarse en una posición normativa.

Es justo aquí que emerge el discurso positivista-neoconstitucionalista. Basándose en el aparato conceptual analítico heredado, se desarrollan interesantes teorías con miras a producir metodologías y prácticas del correcto razonamiento, de la interpretación correcta, etc., de modo que se transforma el conflicto – típico del derecho – en una mera práctica de accertamiento de la verdad, y no sólo procesal. Diversamente al positivismo analítico, el neoconstitucionalismo y los nuevos positivismos no buscan conocer el derecho en sus varias o posibles declinaciones concretas sino que buscan conformarlo de acuerdo a ciertos fines. Se colocan en la óptica de ofrecer instrumentos, justificaciones y métodos a los intérpretes a la luz de ciertos fines. Se trata de doctrinas normativas, de propuestas sobre política del derecho, con fines (diversamente eficaces o ineficaces) declaradamente antidespóticos y garantistas.⁹⁹

⁹⁸ También respecto a esto, considero que esta cuestión se encuentra conectada con el amplio debate sobre la democracia deliberativa y el republicanismo de los últimos años.

⁹⁹ *Cfr.* Las reflexiones se encuentran contenidas en Pozzolo, “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, *op. cit.* (nota 9).

IV. CONSTITUCIÓN Y PROGRAMA POLÍTICO

La constitución larga, rígida y garantizada constituye el límite ante el arbitrio político. Si bien la idea de constitución no es en sí misma un instrumento nuevo, su peculiar forma parece ser suficiente como para configurar una metodología específica para el control jurídico del poder, la cual se distinguiría de los modelos precedentes. La constitución se parece cada vez más a un programa político que se caracteriza por el incesante tentativo de adecuarse a una realidad en rápido y perenne cambio. En este sentido, el neconstitucionalismo y los nuevos positivismos se incluyen plenamente en la tradición del constitucionalismo como doctrina de la limitación jurídica del poder. Otra cosa es valorar la adecuación respecto al propósito: si la opción sustancialista es mejor que la tradicional.

Los nuevos positivismos y el neconstitucionalismo subsumen el RAZONAMIENTO JURÍDICO de los sistemas constitucionalizados en la categoría del razonamiento moral general: en el plano de la justificación se da conexión necesaria entre derecho y moral. ¿Qué implica esto en el plano del constitucionalismo? No preocupa tanto (en el plano teórico-general) una reconocida creatividad del intérprete, cuanto como la sospecha de que (en el plano político-filosófico) la unidad del razonamiento práctico aumente el margen ya existente entre realidad e ideal constitucionalista. Dado que el constitucionalismo es una técnica de limitación jurídica del poder, sus propuestas pueden ser valoradas con base en un juicio de adecuación (probable) respecto al propósito perseguido. La moralización del derecho que deriva del enfoque neoconstitucionalista no parece el medio adecuado para maximizar el fin garantista.¹⁰⁰

Me parece que es bastante extendida la idea de que el intérprete no es un mero ejecutor sino un coautor del derecho positivo y, por lo tanto, es claro que aportará significados y juicios fundados sobre el propio sistema normativo, incluso morales. Pero la justificación sobre la atribución de significado (la individualización de la norma), al final, si se trata de un juez –y sobre todo de jueces de un sistema jurídico donde aún permanece el

¹⁰⁰ Es más, insistiendo sobre la tendencia que algunos han evidenciado hacia el particularismo del nuevo modelo hay quien se pregunta si el “estado constitucional” sea todavía calificable como “de derecho”.

No obstante, es necesario precisar que el enfoque neoconstitucionalista en ciertos contextos ha desarrollado un papel importante sobre el plano de la implementación de los derechos constitucionales y, en este sentido, también sobre el plano del reforzamiento de las garantías para el ciudadano. La crítica se centra antes que nada en el debilitamiento de los poderes de garantía que este enfoque implica. *Cfr. Idem.*

principio de legalidad—, será jurídica y no moral, y será argumentada con base a razones jurídicas y no con base a razones morales.¹⁰¹ Este mismo juez podrá realizar su mayor esfuerzo en el tentativo de individuar una norma moralmente justificada para el caso en cuestión, pero si no lo lograse, en los sistemas modernos, no podría no aplicar una norma sólo porque no le gusta o la considera moralmente injustificada, a menos que no sea prevista la posibilidad jurídica de una “objección de conciencia” al respecto.

¿Qué significa entonces afirmar que la decisión jurídica puede fundarse sobre una norma moral? Paolo Comanducci y José Juan Moreso proponen cuatro hipótesis, llegando a conclusiones opuestas. Podría tratarse de: i) una norma moral objetivamente verdadera, correspondiente a “hechos morales”; ii) una norma moral objetivamente racional, aceptable para un auditorio racional; iii) una norma moral individuada subjetivamente; iv) una norma moral intersubjetivamente “aceptada”. Mientras que Comanducci sostiene que todas estas hipótesis son inadecuadas, Moreso opina lo contrario. Desde la perspectiva de Moreso, lo que harán los jueces será argumentar para mostrar que, sobre el punto en cuestión, su moral es la mejor. ¿No el derecho? Moreso, como otros neoconstitucionalistas, sostiene que al final una decisión jurídica es justificada si lo es también moralmente. A su parecer, esto, además de ser plausible, no implica ninguna consecuencia negativa. La reconstrucción del argumento pasa a su juicio a través de una justificación lógica —quien llega tarde a trabajar es castigado con la pena de muerte, Juan hoy llegó tarde a trabajar; Juan debe ser castigado con la pena de muerte—, una jurídico estructural— si N1 es aplicable en S y la descripción del hecho es verdadera¹⁰² (¿o aceptable?), entonces la conclusión está justificada, —para llegar a una conclusión moral— dado que incide sobre el bienestar de Juan, escribe Moreso, se trata de una decisión que tiene relevancia moral, por lo tanto se puede cuestionar sobre la justificación moral.

La reflexión es operada con *normas*. Siguiendo a Moreso, supóngase una norma que establece la pena de muerte por llegar tarde al trabajo: obviamente no sería considerada una pena moralmente justificada (al menos, no lo sería para nosotros aquí y ahora). Por lo tanto, agrega Moreso, si es moralmente injustificada la norma el juez, si “es un agente moral racional, *ceteris paribus*, no debe tomar esa decisión”.¹⁰³ Si esto es exigido por la conexión justificativa, Moreso entonces se pregunta ¿por qué entonces tal

¹⁰¹ Guastini, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, *op. cit.* (nota 43).

¹⁰² *Cfr.* Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005

¹⁰³ Moreso, José Juan, “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”, *op. cit.*, p. 279 (nota 93).

tesis habría de ser controvertida? La tesis de la conexión se hace “bastante inocua”, según Moreso, dado que los jueces son agentes morales y “cuando toman decisiones que afectan al bienestar de terceros (lo que ocurre virtualmente siempre en las decisiones judiciales) deben (un deber moral) fundarla en normas morales”.¹⁰⁴

A estas alturas no me queda claro por qué una persona habría de dejarse juzgar por un juez y no por un filósofo o por una persona de culto: ¿qué autoridad lo distingue? La tesis por ende es poco inocua, si se tiene en cuenta el hecho de que el juicio dependerá en cada ocasión de la moral del juez, ya que no sabremos jamás con antelación si aplicará el derecho o si lo considerara moralmente injustificado, emergiendo nuevamente los problemas ya señalados en relación a la justificación de la democracia. Moreso se pregunta: ¿cuál es el rol de las normas jurídicas en el razonamiento práctico? Sin embargo, se podría también preguntar acerca de la razón misma para plantear tal cuestión, y no otra que permita una respuesta diferente a fundar la obligación política de algún tipo de obediencia. Adoptando una posición rawlsiana, Moreso se pregunta cuál debería de ser el diseño de nuestras instituciones “para que las normas jurídicas ocupen el lugar adecuado en la estructura básica de las instituciones de una sociedad justa”.¹⁰⁵

Me parece bastante evidente que se trata de una cuestión de filosofía política, ¿por qué hacer de ella una cuestión teórico-general?

El neoconstitucionalismo se mueve en el plano filosófico-político y los nuevos positivistas, en dificultad para abandonar su aparato teórico-conceptual, buscan adecuarlo al nuevo credo. Aquí nace el interrogante sobre el puesto de las normas jurídicas: aquello que se busca es una razón sustancial, y no instrumental, para atribuir al derecho un carácter obligatorio. A este respecto es interesante la discusión que se ha dado en Brasil. También aquí, a partir de la Constitución Federal de 1988, se argumenta la juridificación de la moral gracias a la incorporación de los valores en el dictado constitucional,¹⁰⁶ y se defiende la tesis de una necesaria relación

¹⁰⁴ *Idem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 280.

¹⁰⁶ *Cfr.*, por ejemplo, Barroso, Luís Roberto, “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”, *Jus Navigandi*, vol. 9, núm. 851, 2005 <http://jus2.uol.com.br/doutrina/text.asp?id=7547>; Cavalcanti Maia, Antonio, “As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: Apontamentos acerca do neoconstitucionalismo”, *Revista Diálogo jurídico*, vol. 16, 2007; Ribeiro Moreira, Eduardo, *Neoconstitucionalismo. A Invasão da Constituição*, Bela Vista- São Paulo, Metodo, 2008. Agradezco a Amélia Rossi por las preciosas indicaciones que me ha dado sobre la literatura jurídica brasileña. *Cfr.* Do Carmo Sampaio Rossi, Amélia “Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do direito”, tesis doctoral que se puede encontrar en

entre el derecho y la moral. En el debate brasileño es particularmente clara la inadecuación de los instrumentos iuspositivistas para los fines del desarrollo y de la implementación de los principios y de los derechos constitucionales. La preocupación de estos juristas es por el desarrollo de una teoría jurídica que realice la expansión de los derechos fundamentales,¹⁰⁷ y la consolidación de una concepción (neoconstitucionalista) preceptiva de la constitución como norma¹⁰⁸ parece un paso necesario. También aquí es la presunta necesidad la que funciona como fundamento y justificación de la doctrina: la adopción del enfoque neoconstitucionalista no sería una elección política en vista de ciertos fines (loables por lo demás), sino que sería una exigencia impuesta por la genética del material constitucional. Si no sorprende que el iuspositivismo se muestre inadecuado para perseguir propósitos políticos de tal tipo, aquello que podría causar perplejidad es cómo esta literatura no considera tener que ubicar estos problemas bajo el título de “políticos”. Probablemente la razón se encuentra aún en la falta de confianza respecto a la capacidad del órgano legislativo y se sienta “más seguridad” judicializando el tema de la implementación de los derechos.

Pero el hecho de que un derecho positivo (un sistema jurídico positivo) prevea o no la legítima defensa como causa de justificación, o que prevea un cierto tipo de error y no otro como causa de anulación de un contrato, depende, *en todos los casos*, de los valores asumidos en el mismo sistema jurídico. Es decir, afirmar —como lo hace Moreso— que “un derecho privado sin vicios del consentimiento sería mucho más cierto, pero también mucho más injusto”,¹⁰⁹ no es menos dependiente de una elección de valor: sencillamente nos gustará menos, pero no respetará menos nuestra autonomía (como en cambio parece pensar Moreso). Establecer que el contrato debe ser conservado o anulado, que un tipo de error excluya la responsabilidad y no otro, son todas elecciones de valor que favorecerán a uno u otro contratante. Que después una nos guste más que la otra es otra cuestión. Configurar (sobre todo) los principios y típicamente los derechos constitucionales como normas derrotables, permite adaptar a cada ocasión la regla a las

http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25864/amelia_final-2.pdf?sequence=1 (31/05/2012) y publicada como *Neoconstitucionalismo - Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?*, Curitiba – Paraná, Juruá Editora, 2011.

¹⁰⁷ Por ejemplo, Cfr. Cavalcanti, Maia, “As transformações dos sistemas”, *op. cit.*, p. 7 (nota 106); Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Mexico, FCE, 2006.

¹⁰⁸ Pozzolo, Susanna, *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*, *op. cit.* (nota 2).

¹⁰⁹ Moreso, José Juan, “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”, *op. cit.*, p. 275 (nota 93).

peculiaridades del caso evitando conflictos insanables,¹¹⁰ realizando “una pretensión mayor justicia.”¹¹¹ Sin embargo, sólo demostrando la estabilidad de las revisiones normativas obtenidas sería posible evitar el particularismo inherente en esta solución.¹¹² Pero si existen razones ético-políticas para considerar derrotados dos principios constitucionales en conflicto, ¿por qué estas mismas razones no deberían de ser tomadas en consideración en el caso de conflictos entre principios constitucionales revisados? ¿Por qué estas razones realizan un papel en la primera revisión pero no habrían de cumplirlo ya en las sucesivas? La declinación concreta de los derechos constitucionales positivos no está determinada: dependerá de la mediación legislativa, cuya decisión se podrá considerar inadecuada o insuficiente, sin que ello cambie la naturaleza política de tal juicio. La posible lamentada laguna se basa en la falta “no de una norma cualquiera, sino de una norma ‘justa’”.¹¹³ Posiblemente, como ha escrito Atienza, el “constitucionalismo contemporáneo ha modificado nuestra manera de entender el Derecho y ha llevado, en cierto modo, a poner en primer plano la dimensión argumentativa del Derecho”,¹¹⁴ y ya no se puede volver atrás.

Frente al fenómeno neoconstitucionalista se pueden adoptar diversas posturas y tener diferentes creencias. Muchos han sostenido que la perspectiva iuspositivista no podría representar ya la base teórica para dar cuenta del derecho constitucionalizado; otros han sostenido que no sería necesaria una nueva teoría; alguno, finalmente, ignora el fenómeno. A mí me parece que es necesaria una creciente atención hacia la argumentación jurídica y hacia la configuración del nuevo balance y rol de las funciones del poder. Este último, en la medida en que sea explicitado, puede ser sujeto a algún control sobre la base de diversos criterios (razonabilidad, racionabilidad, congruencia), pero la adopción de una perspectiva epistémica, importante para estos fines, no se puede esconder tal poder detrás de alguna moral (cualquiera que esta sea), ni puede pensar en conseguir hacerlo de manera inocua.

¹¹⁰ Comanducci, Paolo, “Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali”, *op. cit.*, p. 328 (nota 32).

¹¹¹ *Cfr.* Pacc, Alessandro, “Metodi interpretativi e costituzionalismo”, *op. cit.*, p. 61.

¹¹² Celano, Bruno, “‘Defeseability’ e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili”, *op. cit.* (nota 33).

¹¹³ Guastini, Riccardo, *Il diritto come linguaggio*, *op. cit.*, p. 155 (nota 94); Bobbio, Norberto, *Contributi a un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 96-97.

¹¹⁴ Atienza, Manuel, “Argumentación y Constitución”, en Aguiló Regla, Josep *et alii*. (eds.), *Fragmentos para una teoría de la constitución*, *op. cit.*, p. 113 (nota 92).

Cierto es que pocos se resisten a la tentación de unificar el sistema jurídico y el moral, si bien la separación entre derecho y moral, y su recíproca autonomía, son el fundamento del garantismo.¹¹⁵

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ Regla *et al.*, *Fragmentos para una teoría de la constitución*, Madrid, Iustel, 2007.
- ALEXY, Robert, “Constitutional Rights, Balancing and Rationality”, *Ratio Juris*”, vol. 16, 2003.
- _____, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.
- _____, *Theorie der Grundrechte*, Berlin, Suhrkamp, 1994. (en castellano, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEOC, Madrid, 1993).
- _____, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad,” *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, vol. 11, enero-junio, 2009, pp. 3-14, http://www.iidpc.org/revistas/11/pdf/19_29.pdf
- BARBERIS, Mauro, “Esiste il neocostituzionalismo?”, *Analisi e Diritto*, 2011.
- _____, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, Giappichelli, 2008.
- _____, *Stato costituzionale*, Modena, Mucchi Editore, 2012.
- BARROSO, Luis Roberto, “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”, *Jus Navigandi*, vol. 9, núm. 851, 2005 <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/textt.asp?id=7547>>.
- BEATTY, David M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- BERNAL, Carlos, “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007.
- BOBBIO, Norberto, *Contributi a un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994..
- _____, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, con prefacio de Luigi Ferrajoli, Roma, Bari, Laterza, 2011.

¹¹⁵ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, “Principia iuris: una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional”, *Doxa*, vol. 31, 2008, pp. 325-353 (relacionado al seminario italo-español: *Diritto e democrazia costituzionale. Discutendo Principia Iuris di L. Ferrajoli*, Brescia 2007); Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006.

- BULYGIN, Eugenio, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, CEPC, 1991.
- CAVALCANTI Maia, Antonio, “As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: Apontamentos acerca do neoconstitucionalismo”, *Revista Diálogo jurídico*, vol. 16, 2007.
- CELANO, Bruno, “‘Defeasibility’ e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili”, *Ragion pratica*, vol. 18, 2002, pp. 223-239.
- _____, “Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?”, en POZZOLO, Susanna (ed.) *La legge e i diritti*, Torino, Giappichelli, 2002.
- COLEMAN, Jules y SHAPIRO, Scott (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, 2004.
- COMANDUCCI, Paolo, “Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica” (traducción al castellano: “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, *Isonomía*, vol. 16, 2002).
- _____, “Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali”, en *Analisi e Diritto*, 2003-2004.
- DA SILVA, Virgílio Afonso, “Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol 31, núm. 2, 2011.
- DAIS, Eugene E., *Konstitutionalismus versus Legalismus?*, Stuttgart, Steiner Verlag, 1991.
- DO CARMO SAMPAIO ROSSI, Amélia, *Neoconstitucionalismo - Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?*, Curitiba – Paraná, Juruá Editora, 2011.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.
- EISENMANN, Charles, *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d’Autriche* [1928], Presses Universitaires D’aix, Marsella, 1986.
- ESCUADERO ALDAY, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Civitas, 2004.
- _____, “La respuesta positivista al desafío del neoconstitucionalismo: el positivismo jurídico incluyente,” en Pozzolo, Susanna (ed.) *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Palestra, Lima, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, vol. 34, 2011.
- _____, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006.

- _____, *Principia Iuris*, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “No pongas tus sucias manos sobre Mozart. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto *Derecho, Moral y Política*, Madrid, CEPC, 1993.
- GUASTINI, Riccardo, “Diritti”, *Analisi e diritto*, 1994.
- _____, “La costituzionalizzazione dell’ordinamento giuridico italiano”, *Ragion Pratica*, vol. 11, 1998, pp. 185-206 (en castellano “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, Miguel (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003)
- _____, “Le garanzie dei diritti costituzionali e la teoria dell’interpretazione”, en *Analisi e diritto*, 1990.
- _____, *Il diritto come linguaggio*, II ed., Torino, Giappichelli, 2006.
- _____, *Interpretare e Argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011.
- _____, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milan, Giuffrè, 2004.
- _____, *Lezioni di teoria e diritto dello stato*, Torino, Giappichelli, 2006.
- GUASTINI, Riccardo *et alii.*, “Validity and Defeasibility in the Legal Domain”, *Law and Philosophy*, vol. 29, núm 5, 2010.
- HART, Herbert L. A. “Postscript”, en Hart, Herbert L. A. *The concept of law*, editado por Bulloch, Penelope A. y Raz, Joseph, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- HIRSCHL, Ran, “The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide”, *Fordham Law Review*, vol. 75, núm. 2, 2006.
- HOLMES, Stephen, “Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia” [1988], en Zagrebelsky *et alii.* (eds.), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996.
- IGLESIAS, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, vol. 23, 2000, pp. 77-104.
- LUZZATI, Claudio, “Le metafore della vaghezza”, en *Analisi e Diritto*, 1999.
- MARRA, Realino, ““Liberi da Kelsen. Per un vero realismo giuridico””, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 1, 2012.
- MAZZARESE, Tecla, “Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali”, *Ragion Pratica*, vol. 35, 2010.

- _____, “Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi”, en Mazzarese, Tecla (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale*, Torino, Giappichelli, 2002.
- MEZZANOTTE, C. “Le fonti tra legittimazione e legalità”, *Queste Istituzioni*, 1991.
- MORESO, J. J., “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”, *Isonomía*, vol. 19, 2003.
- _____, “Conflicti fra principi costituzionali”, en *Diritto & Questioni Pubbliche*, vol. 2, 2002.
- _____, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, CEPC, 1997.
- _____, “A propósito de revisiones estables, casos paradigmáticos e ideales regulativos: replica a Celano”, en *Ragion Pratica*, vol. 18, 2002.
- _____, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Il convegno Ragion pratica*, San Remo, 1997 (publicada en *Discussiones*, vol. 1, 2000).
- NINO, Carlos S., *El constructivismo ético*, Madrid, C.E.C., 1989.
- PACE, Alessandro, “Metodi interpretativi e costituzionalismo”, en *Quaderni Costituzionali*, vol. 1, 2001.
- PINO, Giorgio, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010.
- POZZOLO, Susanna, “Congestione sulla giurisprudenza come fonte”, TRIOLO, Lucia (ed.) *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Torino, Giappichelli, 2001.
- _____, “Onde está o direito? Pluralismo jurídico e conceito de direito: reflexões à margem do pensamento kelseniano”, en Moura Costa Matos, Andityas Soares de y Santos Neto, Arnaldo Bastos (eds.), *Contra O Absoluto. Perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen*, Juruá, Curitiba-Paraná, 2011.
- _____, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, vol. 21, núm. II, 1998.
- _____, “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, en POZZOLO, Susanna. (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Lima, Palestra, 2011.
- _____, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001.
- _____, *Positivismo y neoconstitucionalismo*, Lima, Palestra, 2011.
- POZZOLO, Susanna, y RAMOS DUARTE, Eccio O., *Neoconstitucionalismo e positivismo juridico. As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral de Constituição*, 2a. ed., Sao Paulo, Landy, 2010.

- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Principia iuris: una teoría del Derecho no (ne)constitucionalista para el Estado constitucional”, *Doxa*, vol. 31, 2008.
- RATTI, Giovanni B., *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2008.
- RAZ, Joseph, “Legal Principles and the Limits of Law”, en COHEN, Marshall (ed.), *Ronald Dworkin and the Contemporary Jurisprudence*, New York, Rowman & Allanheld 1984.
- REDONDO, Cristina, “Legal Reasons: Between Universalism and Particularism”, *Journal of Moral Philosophy*, vol. 2, núm. 1, 2005.
- REDONDO, Cristina *et al.*, “Argumentación Jurídica, Lógica y Decisión Judicial”, *Doxa*, vol. 11, 1992.
- RIBEIRO MOREIRA, E., *Neoconstitucionalismo. A Invasão da Constituição*, Método, Bela Vista- São Paulo, 2008.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Mexico, FCE, 2006.
- SARDO, Alessio, “Three Theories Of Judicial Balancing: A Comparison”, *Dignitas*, No. 53-54, Vol. 2012.
- SCHAUER, Frederick, “Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: a Case Study in Comparative Constitutional Architecture”, NOLTE, Georg (ed), *European and US Constitutionalism*, Georg-August-Universität, Göttingen, 2005.
- _____, “The Exceptional First Amendment”, en IGNATIEFF, Michael (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2005.
- _____, *Playing by the Rules*, Clarendon, Oxford, 1991 (en castellano *Las reglas en juego*, Marcial Pons, Madrid, 2004).
- SCHIAVELLO, Aldo, “Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2003.
- TROPER, Michel, “La nozione di principio sopracosituzionale”, *Analisi e Diritto*, 1996.
- TSAKYRAKIS, Stravos, “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, núm. 3.
- VILLA, Vittorio, “La teoria dell’interpretazione giuridica fra formalismo e anti-formalismo”, *Etica & Politica / Ethics & Politics*, vol. 1, 2006, pp. 1-19, p. 9, http://www2.units.it/etica/2006_1/VILLA.htm.
- VOGLIOTTI, Massimo, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2011.

- WALDRON, Jeremy, “A Rights-Based Critique of Constitutional Rights”,
Oxford Journal of Legal Studies, vol. 13, 1993.
- _____, “Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer”,
Hastings Law Journal, vol. 45, 1994.
- WEIF, Lenar, “Rights”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*,
<http://plato.stanford.edu/entries/rights/>
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, “Legal syllogism and rationality of judicial decision”,
Rechtstheorie, núm. 5, 1974.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992 (en castellano
El derecho dúctil, Trotta, Madrid, 1995).
- ZUCCA, Lorenzo (ed.), *An Exchange on Constitutional Dilemmas*,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1284490 (fe-
cha consulta 31/05/2012).