

CAPÍTULO XIX

¿EXISTE EL NEOCONSTITUCIONALISMO?

Mauro BARBERIS*

This is the old Platonic riddle of nonbeing.
*Nonbeing must in some sense be, otherwise what
is it that there is not?* W. V. Quine, *On What
There Is*.

SUMARIO: I. *Premisa*. II. *Metodología: el neoconstitucionalismo, después de todo, existe*. III. *Metateoría: una reconstrucción del neoconstitucionalismo*. IV. *Una crítica iuspositivista del neoconstitucionalismo*. V. *Conclusión*.

I. PREMISA

Después de tanta discusión en Italia, en España y en América Latina, era inevitable que sucediese: alguien, tarde o temprano, tenía que preguntarse si el neoconstitucionalismo *existe*. Tal labor fue asumida por mi maestro y amigo Riccardo Gustini: para él, “neoconstitucionalismo” no indica “una alguna tesis propiamente teórica reconocible y susceptible de discusión”, sino “una acumulación [...] de actitudes axiológicas y de tesis normativas¹”. A decir verdad, en el mismo trabajo Riccardo no se limita a estas desaprobaciones; al contrario, individualiza dos o tres tesis teóricas del neoconstitucionalismo,

* Publicado originalmente como “Esiste il neocostituzionalismo?” en *Analisi e diritto*, 2011, pp. 11-30, Traducción de Piero Gentili-Maiteri, revisada por Jorge Luis Fabra Zamora, con la autorización del Profesor Barberis.

¹ Así Riccardo Guastini, “A proposito di neo-costituzionalismo”, *Teoria politica*, nueva serie, vol. 1, 2011, que cita adhesivamente consideraciones análogas de Francisco Laporta, tratadas por Manuel Atienza Atienza, F. Laporta, “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, *Isonomía*, vol. 27, 2007, pp. 7-28: texto a partir del cual nace una larga discusión entre el propio Atienza y Pierluigi Chiassoni, ahora publicada como “Debate sobre el positivismo jurídico”, *Analisi e diritto*, 2010, pp. 285-331.

y las critica ampliamente: la conexión entre Derecho y moral, la diferencia entre principios y reglas, la aplicación de los principios para la ponderación y de las reglas para la subsunción.

Como corresponsable de la génesis del neoconstitucionalismo junto con Sussana Pozzolo y Paolo Comanducci², debería buscar defenderlo; pero me encuentro tentado a abandonarlo a su suerte, por al menos dos razones. Al fin, habíamos inventado el neoconstitucionalismo sobre todo para criticarlo; y es bastante paradójico que, hoy, un número creciente de estudiosos de los países “latinos” del Viejo y Nuevo continente se identifiquen bajo esta dubitativa etiqueta, desconocida en otros países³. Pero después, y sobre todo, las dudas de Guastini son del todo fundadas, en particular, si el “neoconstitucionalismo” continuara siendo definido como lo habíamos definido hasta ahora podría tratarse en verdad de un concepto vacío, de una teoría jamás sostenida por ningún autor de carne y hueso, o peor aún, de un concepto mal formado, que se contradice sin ninguna definición.

En las secciones centrales de este trabajo quisiera afrontar tres problemas que implícita o explícitamente salen a la luz por la provocación de Guastini. Antes que nada, un problema metodológico: ¿qué autoriza a hablar de diversas tesis sostenidas por autores diferentes bajo varias etiquetas en términos de una (nueva) teoría del Derecho? Después, un problema meta-teórico: admitiendo después de todo la existencia del neoconstitucionalismo, ¿cómo conviene definirlo y reconstruirlo? Por último, problemas teóricos: ¿el neoconstitucionalismo representa una alternativa teórica plausible al positivismo jurídico? Para eliminar todo suspenso a la cuestión, anticipo mis conclusiones; no sólo el neoconstitucionalismo existe, sino que los iuspositivistas como Guastini deberían tomarlo muy en serio: como de hecho lo hacen ya, sin admitirlo.

² Cfr. Sussana Pozzolo, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional,” en *Doxa*, vol. 21, 1998, pp. 339-353, para la acuñación del vocablo; Mauro Barberis, *Filosofía del diritto. Un'introduzione teorica* [2003], Torino, Giappichelli, 2008, pp. 29-37, para una primera definición; Paolo Comanducci, *Costituzione y teoría del derecho*, México, Fontamara, 2007, especialmente p. 74, n. 2, para una primera problematización.

³ En rigor, ni siquiera en los países latinos se habla ampliamente de *neoconstitucionalismo*; en castellano se habla de *constitucionalismo*, que sin embargo indica también una tradición filosófico-política antiquísima, mientras que se utiliza aquella expresión para referirse a una teoría del derecho contemporánea. Existe también quien, como Luigi Ferrajoli, se entera del neoconstitucionalismo diez años después y rechaza la expresión, en vez de simplemente negar que él es un neoconstitucionalista: cfr. Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en este volumen.

II. METODOLOGÍA: EL NEOCONSTITUCIONALISMO, DESPUÉS DE TODO, EXISTE

La primera cuestión, la metodológica, reza así: ¿qué autoriza a hablar del conjunto de diversas tesis, sostenidas en la última mitad de siglo bajo nombres diferentes – “Tesis de los derechos”, “derechos”, “Teoría del Derecho como integridad o como interpretación”, “interpretación”, “no positivismo”, “constitucionalismo”, “positivismo”. “constitucionalismo”, “post-positivismo”, “positivismo”, “iuspositivismo incluyente” – como se tratasen de una teoría del Derecho? ¿no habría necesidad de abstenerse de todas estas equívocas etiquetas, y hablar sólo de tesis singulares, sostenidas por determinados autores en carne y hueso: tales, como en nuestro caso, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, Manuel Atienza, José Juan Moreso, y muchos otros? Después, si verdaderamente no se pueden eliminar las etiquetas, debe al menos ser posible definirlas, en este caso, ¿recurriendo a qué tipo de definición? Al fin, y sobre todo, ¿qué tipo de definición otorgar al “neoconstitucionalismo”?

1. Sobre todo, ¿no sería necesario abstenerse completamente de utilizar expresiones del mismo tipo de “neoconstitucionalismo”: tales como “iuspositivismo”, “iuspositivismo”, “objetivismo ético”, “ético”, “pluralismo de valores”, y así? Como nota Joseph Raz, en efecto, éstas son sólo etiquetas: cuando se discute, sería mejor hablar de tesis sostenidas por autores de carne y hueso⁴. El mismo Raz, de hecho, aplica el consejo al pié de la letra: discutiendo solamente las tesis de autores que conoce personalmente, o que encuentra cotidianamente en Oxford, y a los cuales, en caso de necesidad, puede siempre preguntarles cómo piensan en realidad. Por otro lado, transferirse a Oxford sólo para poder discutir las tesis de autores en carne y hueso sería costoso; también, de varios teóricos del Derecho, aún de los oxonienses, falta la carne y queda si acaso los huesos, habiendo muerto hace siglos. Pero sobre todo, abstenerse de las etiquetas es verdaderamente difícil: y no sólo cuando se hace historia, sino también cuando se hace teoría del Derecho.

El autor que lo ha mostrado mejor que todos es el maestro de Raz: Herbert Hart. Justamente Hart hizo amplio uso de las etiquetas, imponiéndolas a dos discusiones teóricas que se encuentran lejos de ser terminadas: la cuestión de la relación entre Derecho y moral, y el problema de la inter-

⁴ Cfr. Joseph Raz, “The Argument from injustice, or How not to Reply to Legal Positivism”, Giorgos Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford: Hart, 2007, p. 35.

pretación. La cuestión de la relación entre Derecho y moral fue abordada por Hart justamente distinguiendo entre iusnaturalismo, identificado por la Tesis de la conexión necesaria, y el iusnaturalismo, identificado por la tesis de la separabilidad entre Derecho y moral. El problema de la interpretación análogamente, ha sido abordado por él distinguiendo entre el formalismo (interpretativo), el escepticismo (interpretativo) y la teoría mixta⁵.

En sendos casos, Hart cumple la misma labor, más sintética que analítica, de etiquetar las tesis de autores pertenecientes a contextos históricos y disciplinarios profundamente diversos, tal vez ni siquiera comparables y, que de hecho, habían sido ignorados hasta el momento, para abrir una discusión internacional que, hasta este momento, no existía. Por otro lado, para cumplir con esta labor, Hart tuvo que inventar no sólo etiquetas, sino también técnicas definitorias posiblemente podrían ser utilizadas hoy para el neoconstitucionalismo, como veremos en la próxima subsección. Incluso, Hart debió recurrir ampliamente al recurso de caridad interpretativa: esforzándose en atribuir un sentido racional incluso a las tesis con las que no coincidía.

En el caso de Hart, este recurso al principio de caridad interpretativa no era de hecho revolucionario: era sólo la extensión del debate internacional de una de las reglas no escritas de la discusión oxoniense⁶. También en Génova el principio de caridad interpretativa es bastante utilizado, para los amigos; en cambio, a los adversarios se les reserva otro estilo interpretativo y argumentativo, por más versos opuesto al anterior: la caza a las ideologías. Ciertamente, esta última nos es adoptada más ni en la original versión marxista, ni en una de las tantas versiones postmodernas; comúnmente, nos a contentamos con discutir las opiniones discutir las opiniones ajenas en su peor interpretación: es decir, buscando demostrar que son irracionales o insensatas, a menudo lográndolo⁷.

⁵ Sendas operaciones, como ha sido notado, se completan en “Positivism and Separation of Law and Morality” (*Harvard Law Review*, vol. 71, núm 4, 1958, pp. 593-629), y después en *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961), de un modo tal vez historiográficamente discutible, pero teóricamente fructuosas.

⁶ Como muestra eficazmente Mario Riccardi, *Diritto e natura. H. L. A. Hart e la filosofia di Oxford*, Pisa: Ets, 2008. Sin embargo, no coincido con Riccardo en su reinterpretación neoiusnaturalista de Hart.

⁷ Cfr. Mauro Barberis, “Tarello, l’ideologia e lo spazio della teoria”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1987, vol. 2, pp. 317-355. Para una interpretación más caritativa de la misma caza a las ideologías, cfr. Bruno Celano, “Ragione pubblica e ideologia”, en Isabel Trujillo y Francesco Viola (eds.), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 355-388.

De hecho, también el neoconstitucionalismo interpretado poco caritativamente por Guastini termina por abrir una ideología: como era inevitable. El problema es, que sobrepuesta al mismo trato, ninguna teoría del Derecho se salvaría de la sospecha de ideologización. Ciertamente no se salva el iusnaturalismo: maraña inextricable de tesis normativas, conceptuales y empíricas. Pero no se salvan, siempre interpretadas en modo poco misericordioso, ni el iuspositivismo y el iusrealismo: cuyas más impecables teorías cognitivas se encuentran, también, entrelazadas con una multitud de premisas y consecuencias normativas. En fin, si queremos tomar en serio todas estas teorías, tenemos que interpretarlas en modo más caritativo, *à la* Hart: incluso en el caso del neoconstitucionalismo, último pollito de esta augusta nidada.

2. Admitiendo que sea lícito, oportuno y tal vez inevitable utilizar etiquetas, ocurre entonces definir las rigurosamente: sintetizando en formulas representativas teorías mucho más articuladas. En el caso del neoconstitucionalismo, en particular, ocurre no sólo definirlo sino también reconstruirlo como una teoría en un tiempo plausible y criticable: porque si se tratase de una teoría incoherente desde su definición entonces no valdría la pena tomarla en serio. Aquí surgen al menos cuatro problemas: primero, remediar de la ambigüedad teoría/objeto de la teoría, que afecta comúnmente torna las etiquetas terminadas en “-ismo”; segundo, buscar una técnica definitoria que convenga al nombre de las teorías; tercero, evitar la particular forma de vaguedad común a todos los nombres de teorías, cuarto, aplicar todos estos instrumentos teóricos a la redefinición del “neoconstitucionalismo”.

Reenviando al próximo punto la solución del cuarto problema, comencemos a afrontar los primeros tres. Primero, hay que remediar la ambigüedad teoría/objeto de la teoría⁸; “neoconstitucionalismo”, como aclara el prefijo “neo”, no pretende ciertamente indicar todo el conjunto de prácticas y de doctrinas significadas de términos como “constitucionalismo”, pero también “liberalismo” y “pluralismo”. “Neoconstitucionalismo” pretende indicar sólo una teoría sostenida en los últimos cincuenta años con referencia al Derecho característico de una particular forma de Estado: el así llamado Estado constitucional de Derecho o mejor aún, el Estado constitucional (en alemán, *Verfassungsstaat*) sin otra calificación.

Posteriormente, hay que buscar una técnica definitoria que convenga a los nombres de las teorías, aquí, por otro lado, la elección es casi obligatoria.

⁸ Ambigüedad varias veces señalada, a propósito de “neoconstitucionalismo” y también de “constitucionalismo”, por Paolo Comanducci: cfr. Comanducci, “Forme di neocostituzionalismo: una ricognizione metateorica”, en Tecla Mazzarese (ed.) *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino: Giappichelli, 2002, p. 71.

Si se quiere distinguir el neoconstitucionalismo distinguiéndolo de las otras teorías del Derecho, de hecho, hay pocas alternativas a la técnica definitoria elegida por Hart para “iusnaturalismo”, “iuspositivismo”, y similares: se trata entonces de individuar una serie de tesis características del neoconstitucionalismo, y de tales de distinguir quien lo sostiene de quien sostiene las clásicas tesis iusnaturalistas, iuspositivistas, iusrealistas, y así. Veremos en el próximo punto cuáles pueden ser las tesis características del neoconstitucionalismo; aquí ocurre al menos mencionar un tercer problema notoriamente sacado a la luz esta misma técnica definitoria.

Las etiquetas terminadas en “-ismo”, más allá de la ambigüedad teoría/objeto de teoría, sufren de una forma de vaguedad combinatoria: posiblemente la única verdaderamente irremediable. Después de todo, mientras que siempre se puede proporcionar definiciones de términos como “juego”, “número”, “religión”, “ciencia” y “Derecho”, incluso por género y diferencia, los nombres de teorías como los “-ismos” rara vez indican tesis en verdad comunes a los otros autores así etiquetados; al menos, esto es lo que sucede con el “iusnaturalismo”, “iuspositivismo” e “iusrealismo”. Tomemos “iuspositivismo”: etiqueta que debería indicar teorías unidas al menos por la Tesis de la separabilidad, en una de sus tantas interpretaciones.⁹

Ahora bien, hace tiempo que esto no es cierto. Aun silenciando a unos cuantos, en Oxford y sus alrededores que consideran a la Tesis de la separabilidad demasiado absurda como para haber sido en algún momento defendida por alguien¹⁰, habrá por lo menos un iuspositivista – usualmente Raz, inspirador de tantos detractores actuales de la *Separability Thesis* – para quién, diciéndolo en una terminología un poco diferente, se dan infinitas conexiones conceptuales (relativas al *quid ius*), aunque no identificativas (relativas al *quid iuris*), entre Derecho y moral¹¹. Por ende, el mismo Raz propone como distintiva del positivismo otra tesis, la Tesis de las fuentes sociales: que sin embargo saca a la luz más problemas de la precedente, excluyendo del campo iuspositivista todo el iuspositivismo incluyente, incluido Hart.

Como veremos, algo similar sucede con la Tesis de la conexión entre Derecho y moral: tesis sostenida por los neoconstitucionalistas en formas bastante diferentes como para poderlas siempre clasificar, algunas como ius-

⁹ Sobre interpretaciones avanzadas, respectivamente, del iuspositivismo normativo, excluyente e incluyente, cfr. J.J. Moreso, “Positivism jurídico y aplicación del derecho”, *Doxa*, vol. 27, pp. 45-62.

¹⁰ Cfr. John Gardner, “Legal Positivism: 5 ½ Myths”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, 2001, p. 223: la Tesis de la separabilidad “this thesis is absurd and no legal philosopher of note has ever endorsed it as it stands”.

¹¹ Cfr. Todavía Raz, “The Argument from Injustice”, cit., pp. 20-21.

naturalistas, otras como iuspositivistas. Ni se puede sostener, como lo propuso hace años Mario Jori para la filosofía analítica¹², que para encontrarse adscritos al neoconstitucionalismo basta discutir los problemas típicos, aun sin compartir las soluciones neoconstitucionalistas: Guastini, por ejemplo, por decenios no ha hecho otra cosa que discutir los problemas del neoconstitucionalismo, pero ello no basta para etiquetarlo como neoconstitucionalista. Habrá entonces que proporcionar una doble lista de temas y de tesis, de problemas y de soluciones, típicamente neoconstitucionalistas; donde el adverbio “típicamente” advierte que al neoconstitucionalismo, como a cualquier otra teoría se le puede adherir sólo más o menos: con la condición de que se discutan todos o sólo algunos temas, y que se compartan todas o sólo algunas tesis.

La vaguedad combinatoria de los nombres de teorías – que es la vaguedad que afecta al “neoconstitucionalismo” y afecta igualmente a todos los términos similares – se podrá por tanto remediar con una definición para casos paradigmáticos (y semejanza de familia): forjando una lista de ejemplos típicos de problemas y soluciones neoconstitucionalistas¹³. Este tipo de definición fue originalmente propuesto para todos los términos que, como “juego”, “religión” y “Derecho”, presentan forma de vaguedad combinatoria tal que se torna imposible definir las por género y diferencia. Hoy creo que es casi siempre posible proporcionar definiciones por género y diferencia, aunque sea de términos similares; en el caso de nombres de teorías, sin embargo, la definición para casos paradigmáticos me parece todavía preferible.

3. Al fin, admitiendo que “neoconstitucionalismo” pueda definirse recurriendo a las técnicas antes mencionadas, entonces hay que definirlo mejor de lo que se había hecho hasta ahora. Pienso en mi definición de “neoconstitucionalismo” como Tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral en el Estado constitucional¹⁴: definición defectuosa por al menos dos razones. Mientras, sólo Alexy y Nino hablan expresamente de una conexión necesaria entre Derecho y moral, sin siquiera limitarla al Estado constitucional: por ende, en rigor, serían etiquetados como iusnaturalistas.

¹² Cfr. Mario Jori, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino: Giappichelli, 1988, pp. 85 y ss.

¹³ Cfr. Vittorio Villa, “Il modello di definizione “per casi paradigmatici” e la definizione di diritto”, en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1992*, Torino: Giappichelli, 1992, pp. 275-310: pero, a parte del nombre, se trata de una técnica definitoria denotativa utilizada ya, entre otros, por Ludwig Wittgenstein, Max Black y Peter Alston.

¹⁴ Cfr. Mauro Barberis, *Filosofía del derecho. Un'introduzione teorica* (2003), Torino: Giappichelli, 2008, p. 32: texto del cual se encuentra casi lista una cuarta edición titulada *Manuale di filosofia del diritto*, del cual el presente trabajo representa un anticipo.

Pero después, y sobre todo, una Tesis de la conexión necesaria así formulada suena auto-contradictoria: ¿cómo puede llamarse necesaria, de hecho, una conexión limitada sólo al Estado constitucional¹⁵?

La más ambiciosa de las definiciones del neoconstitucionalismo hasta ahora proporcionadas se debe a Comanducci, y es acentuada por la famosa tripartición del iuspositivismo según Bobbio: “neoconstitucionalismo” indicaría una metodología, una teoría y una ideología distinta de aquellas iuspositivistas¹⁶. Yo mismo he utilizado en ocasiones la definición de Comanducci, cambiando sólo el orden de los ingredientes; he presentado al neoconstitucionalismo como una *teoría* del Derecho del Estado constitucional del todo análoga a aquella que podría ser presentada por el positivismo metodológico: una teoría que, no obstante, viola la avalorabilidad exigida por la metodología iuspositivista, y fluye en una ideología favorable a toda Constitución en cuanto tal¹⁷.

Pero, el defecto de esta definición, consiste propiamente en su primer ingrediente: la misma teoría del Derecho en el Estado constitucional podría ser provista incluso por el positivismo metodológico, que concordaría con el neoconstitucionalismo en la teoría, difiriéndole sólo por metodología e ideología. Aún admitiendo que este no sea un defecto sino un mérito – después de todo, neoconstitucionalistas e iuspositivistas, aquí y hoy, discuten justamente sobre el mismo sujeto, es decir, el Derecho del Estado constitucional – aquí prefiero definir el neoconstitucionalismo de forma diferente. Este trabajo, de hecho, busca justamente individuar temas y tesis teóricos típicos del neoconstitucionalismo: y confieso no lograr encontrar mejores que los señalados por el propio Guastini.

Después de haber liquidado al neoconstitucionalismo como ideología, Guastini dedica nueve décimos de su labor a discutir dos o tres tesis teóricas, las mismas indicadas hoy por Luigi Ferrajoli¹⁸: la conexión (¿necesaria?) entre Derecho y moral, la distinción (¿fuerte?) entre reglas y principios, la

¹⁵ Ciertamente, podría decirse que la conexión instituida por una definición estipulativa entre derecho y moral en el Estado constitucional es necesaria en cuanto vale *por definición*: pero, como observó Eugenio Bulygin criticando a Alexy, una definición estipulativa no es un buen modo para establecer una conexión necesaria.

¹⁶ Cfr. Por último Paolo Comanducci, *Constitución y teoría del derecho*, México: Fontamara, 2007; y la tripartición de Comanducci a la cual se refiere Guastini cuando menciona (pretendidos, según él) componentes metodológicos, teóricos e ideológicos del neoconstitucionalismo.

¹⁷ Aquí debo reenviar a otra obra mía, en esta ocasión histórica. Mauro Barberis, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna: il Mulino, pp. 231-238.

¹⁸ Cfr. Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, cit.

aplicación de reglas y principios (¿respectivamente?) por subsunción y por ponderación. Como se evidencia por los signos interrogativos dentro de los paréntesis, a estos tres problemas los neoconstitucionalistas presentan tres soluciones igualmente típicas: responden afirmativamente a los mismos interrogatorios, como veremos en la próxima sección. En la sección aun sucesiva, en cambio, veremos que a los tres interrogatorios es posible presentar una respuesta negativa, y a los tres problemas una solución iuspositivista.

Recapitulando, “neoconstitucionalismo” es ciertamente sólo una etiqueta para una tesis sostenida, en los últimos cincuenta años, por autores diversos bajo nombres diferentes: circunstancia que no obstante no torna al neoconstitucionalismo menos interesante, sostenible y criticable de cuanto lo son el iusnaturalismo, el iuspositivismo o el iusrealismo. Ciertamente, cada defensor de una tesis amerita después ser interpretado y discutido singularmente: sin estamparles de antemano etiquetas que –para ellos al igual que para todos los demás– pueden siempre revelarse engañosas. Pero las etiquetas sirven para la misma discusión teórica, seleccionando los temas y las tesis relevantes; así como sirve ese mínimo de caridad interpretativa indispensable para tomar en serio no sólo las opiniones ajenas, sino también las propias: de otro modo reducidas, todas, a un cúmulo de ideologías.

III. METATEORÍA: UNA RECONSTRUCCIÓN DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

La segunda cuestión, metateórica, reza así: ¿cómo reconstruir la teoría neoconstitucional de modo que posteriormente podamos discutirla (como sucederá en la siguiente sección)? Ya se ha visto cuál tipo de definición es más útil para el propósito perseguido, y cuáles pueden ser los ingredientes: el neoconstitucionalismo puede ser considerado como una familia de tesis teóricas respectivas a las relaciones Derecho-moral, la distinción reglas/principios, y la aplicación de las primeras para la subsunción y de las segundas para la ponderación. En las tres subsecciones de esta sección, las tres tesis neoconstitucionalistas serán formuladas caritativamente de modo que no las haremos un comodín o simples chivos expiatorios: pero no hasta el punto, obviamente, de ocultar lo genérico, la ambigüedad o la problematicidad.

1. La primera tesis característica del neoconstitucionalismo respecta a la conexión Derecho-moral: en el tipo del Estado constitucional, y a través de los principios constitucionales. Todos los neoconstitucionalistas, de hecho, dicen haber adoptado una tercera postura entre iusnaturalismo e iuspositivismo: teorías que posiblemente deseaban para el Estado legislativo (alemán

Gesetzstaat) propio de los siglos XIX y XX, pero que habrían sido superadas por el *Verfassungsstaat* actual¹⁹. En el *Gesetzstaat*, dotado de una Constitución flexible y privado del control de constitucionalidad de las leyes, los principios constitucionales eran sólo valores morales, por ende, externos al positivismo. Éstos podían fungir, a lo mucho, como principios programáticos: en el sentido débil de los principios no preceptivos sino hasta su eventual actuación por parte del legislador ordinario²⁰.

En el Estado constitucional, caracterizado por la rigidez de la Constitución y el control constitucional de las leyes, la situación cambia; aquí los valores morales, externos al Derecho positivo, se convertirían en principios constitucionales, internos a éste. Tales principios, como nos recuerda Ferrajoli, pueden funcionar en dos modos muy diversos: ya sea como límites de la ley ordinaria o, como principios inspirados en el Derecho en conjunto. Donde los principios funcionan como límites, el neoconstitucionalismo es una teoría meramente *garantista*, no muy distante del iuspositivismo de Hans Kelsen, el inventor del control de constitucionalidad concentrado, en cambio, donde éstos funcionan como principios inspiradores, el neoconstitucionalismo se convertiría en una teoría principialista, en la cual los valores morales terminan por impregnar todo el Derecho positivo²¹.

El problema no es simplemente clasificatorio —si es que los principios constitucionales han de ser clasificados como valores morales o normas jurídicas— y ni siquiera sólo interpretativo: si los principios constitucionales son sujetos de un *moral reading* llamado interpretación constitucional, diferente de la interpretación común de las leyes. El objeto de contienda entre neoconstitucionalistas e iuspositivistas incluyentes, por un lado, e iuspositivistas excluyentes por el otro, es, si el Derecho positivo puede incorporar a la moral sin restricciones, y permaneciendo Derecho (positivo), o que termine por colapsar con la moral: como sucedería, probablemente, si sus reglas

¹⁹ Para esta oposición, al menos la opaca versión presentada por Peter Häberle, cfr: Gustavo Zagrebelsky, *Intorno alle legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino: Einaudi, 2009, pp. 117-146.

²⁰ El carácter programático de varias disposiciones de principio de la Constitución italiana fue aún sostenida en 1949 por la Corte de Casación italiana; en cambio, la Corte Constitucional italiana, desde su primer sentencia, la 1/1956, afirmó la plena preceptividad de toda la Constitución italiana.

²¹ Cfr. desde el título, Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, cit.: donde el constitucionalismo principialista sería el propio neoconstitucionalismo, mientras que el garantismo de Ferrajoli sería un iuspositivismo crítico. Por otro lado, es un iuspositivismo extraño, dado que rechaza el justamente el principio avalorativo incorporado den la Tesis de la separabilidad.

podieran siempre ser sustituidas por los principios y/o de los valores que le justifican. (cfr. infra, 4.1).

El neoconstitucionalismo es justamente una teoría sobre conexión entre el Derecho y la moral: conexión típica pero no exclusiva del Estado constitucional. Aún en el Estado legislativo el Derecho incorporaba valores morales, por ejemplo, a través de las cláusulas generales²²: por no hablar del Derecho premoderno y el extraoccidental, indistinguible de la moral. El neoconstitucionalismo es una teoría de las relaciones ente Derecho y moral *en general*: en el doble sentido de que siempre ha existido cierta conexión y que ésta – necesaria, contingente, esencial, profunda, etc. – puede variar de neoconstitucionalista a neoconstitucionalista. Pero el neoconstitucionalismo es siempre la misma teoría que privilegia el tema de las relaciones entre Derecho y moral: tema descuidado por el iuspositivismo hasta Hart, no obstante lo suficiente penetrante como para justificar toda una teoría que se ocupe sólo de éste.

2. La *segunda* tesis característica del neoconstitucionalismo es la *distinción* entre *reglas* y *principios*. El iuspositivismo teórico de los siglos XIX y XX ha concebido al Derecho como un conjunto finito de reglas destinadas a guiar la conducta humana: que luego podían ser llamados: mandatos (John Austin), juicios hipotéticos (Kelsen), o *duty-imposing rules* (Hart). En cambio, el neoconstitucionalismo adopta la distinción entre reglas y principios propuesta por Dworkin en *Taking Rights Seriously* (1977) y posteriormente tácitamente abandonada por él desde *Law's Empire* (1986), por al menos dos razones: porque desde el inicio no le interesaba la teoría cognoscitiva de las normas típica de la tradición iuspositivista, sino la conexión Derecho-moral característica del neoconstitucionalismo y, sobre todo, porque se dio cuenta que, como la había formulado, la distinción no funcionaba.

Los neoconstitucionalistas posteriores, en particular Alexy, producen justamente el tipo de distinción que su inspirador había abandonado: trazan, de hecho, una distinción *fuerte* o *dicotómica* entre reglas y principios, como clases de normas mutuamente exclusivas y conjuntamente exhaustivas. Su distinción se encuentra basada en la respectiva forma lógica de reglas y principios; mientras que las primeras tienen la forma lógica de los juicios hipotéticos kelsenianos (“si X entonces Y”) los segundos son concebidos por Alexy como mandatos de optimización (en alemán, *Optimisierungsge-*

²² Cfr. Vitto Velluzzi, *Le clausule generali. Semantica e politica del diritto*. Milano: Giuffrè, 2010. Desde este punto de vista, el Estado constitucional “no es sino una prolongación del ideal del imperio de la ley hasta la norma constitucional”: cfr. Francisco Laporta y Manuel Atienza, *Imperio de la ley y constitucionalismo*, cit., p. 209.

bote), por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero como normas a caso abierto, por Zagrebelsky como normas privadas de caso: concesiones, por otro lado, que capturan sólo algunos aspectos típicos de los principios, sin lograr distinguirlos siempre de las reglas.

La razón del fracaso de la distinción fuerte fue indicada inmediatamente por Genaro Carrió: también “principio” es un término combinatoriamente vago, que no indica cosas dotadas de caracteres comunes y rigurosamente distinguibles de otras cosas llamadas reglas²³. Por otro lado, como ya se ha dicho, también de términos combinatoriamente vagos se pueden proveer las definiciones: también definiciones por género y diferencia, siempre que su validez sea expresamente limitada a los casos típicos o paradigmáticos²⁴. La distinción fuerte entre reglas y principios puede así ser sustituida por la distinción débil —no dicotómica, pero casi-dicotómica— delineada en la próxima sección y aquí anticipada: “regla” indica normas que guían directamente la conducta, “principio” normas que la guían sólo indirectamente, por medio de las reglas²⁵.

Antes de pasar al diverso razonamiento de las reglas y los principios en el razonamiento jurídico, me gustaría remarcar que el neoconstitucionalismo tiene (es) una teoría de las normas: la teoría que distingue reglas y principios, privilegiando los segundos sobre las primeras²⁶. De hecho, según los neoconstitucionalistas, los principios no fungen sólo como límites de la legislación (“garantismo”, en el léxico de Ferrajoli), sino ejercitan una suerte de efecto de irradiación (en alemán, *Ausstrahlungswirkung*) sobre todo el proceso de producción, interpretación e integración de las reglas (“principalismo”, en el mismo léxico). Ciertamente, esta teoría de las normas plantea un problema análogo al de la Tesis de la conexión entre Derecho y moral: justamente como el Derecho siempre corre el riesgo de colapsar en la moral, así los principios siempre corren el riesgo de eclipsar las reglas. Pero, de nuevo, al menos una cosa no se *puede* negar: que el neoconstitucionalismo tiene (es) también una teoría de las normas.

²³ Cfr. Genaro R. Carrió, “Principi di diritto e positivismo giuridico”, *Rivista di filosofia*, vol. 2, 1970, pp. 127-148.

²⁴ Para un ejemplo relativo a la definición de “derecho”, cfr. Mauro Barberis, *Filosofía del diritto*, ed. cit., pp. 92-100.

²⁵ Cfr. Frederick Schauer, *Playing by the Rules*, Oxford: Oxford University Press, 1991, para la distinción entre reglas y principios subyacentes, y, en los términos utilizados en el texto, aún Mauro Barberis, *Filosofía del diritto*, ed. cit., pp. 67-70 y 106-117.

²⁶ Cfr. G. Zagrebelsky, *Intorno alle legge*, cit., p. 90: si el iuspositivismo es la tesis “que las auténticas normas jurídicas son las reglas”, entonces el neoconstitucionalismo es la tesis donde en el derecho los principios son mucho más importantes que las reglas.

3. La tercera tesis característica del neoconstitucionalismo es la distinción entre la aplicación de las reglas y la aplicación de los principios: las primeras serían aplicables (sólo) en la forma de la subsunción, los segundos (sólo) en la forma de *ponderación*²⁷. Aplicar una regla, como la prohibición del homicidio, equivaldría a subsumir un caso concreto (como el homicidio de César por parte de Bruto) bajo la norma abstracta: atribuyendo al primero la solución prescrita para la segunda, y deduciendo de la regla abstracta la regla concreta. En cambio, aplicar un principio, como el de la sacralidad de la vida, es una actividad profundamente diferente a aplicar la regla que prohíbe el homicidio (cfr. *infra*, 4.2): los principios serían aplicables, en un sentido más lato de “aplicar”, sólo en la forma de ponderación o balanceamiento.

Se tiende a utilizar “ponderación”, en sentido estricto, sólo para una técnica argumentativa teorizada por los movimientos antiformalistas estadounidenses y continentales, y posteriormente empleada, en el siglo XX, por la Corte Suprema estadounidense y por las cortes constitucionales continentales²⁸: la confrontación de dos principios, como el derecho del feto a la vida y el derecho de la mujer a la salud, o el derecho privado a la intimidad y el derecho público a la información – con la finalidad de obtener una regla aplicable para la subsunción. Pero la ponderación nos lleva a otra cuestión: por un lado, al razonamiento ético más general, consistente en tener en cuenta todas las razones relevantes²⁹; por el otro, como veremos en la próxima sección, a todas las posibles aplicaciones jurídicas de tal razonamiento ético, utilizadas por el legislador ordinario o por el propio constituyente.

Los neoconstitucionalistas sostienen al respecto al menos cinco tesis, que serán discutidas en la próxima sección: la *primera*, el conflicto entre principios constitucionales ocultaría un orden objetivo de valores (en alemán, *objective Wellordnung*) o principios constitucionales; la *segunda*, la ponderación sería un procedimiento racional para la solución de casos constitucionales dudosos, difíciles o trágicos³⁰; la *tercera*, se trataría de reconciliación o

²⁷ Cfr. Lapidariamente Carlos Bernal Pulido, *Estructura y límites de la ponderación*, en *Doxa*, vol. 26, 2003, p. 225: “Existen dos formas básicas para aplicar normas: la ponderación y la subsunción. Las reglas se aplican mediante subsunción, al paso que la ponderación es la manera de aplicar los principios”.

²⁸ Cfr. Moshe Cohen-Elyia e Iddo Porat, “American Balancing and German Proportionality: the Historical Origins”, en *I•Con: International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, 2010, pp. 263-286.

²⁹ Cfr. Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, London: Hutchinson, 1975, p. 36.

³⁰ Cfr. En particular Robert Alexy, *Die Gewichtsformel* (2003), trad. Italiana, “La formula per la qualificazione del peso del bilanciamento”, *Ars Interpretandi*, 2005, pp. 97-123.

conciliación de los principios relevantes, donde sólo en casos extremos se sacrifique uno totalmente por el otro; la cuarta, la ponderación sería funcional para la justicia del caso concreto, obtenible sólo teniendo en cuenta todos los valores, principios y derechos relevantes; y, finalmente, la quinta, subsunción y ponderación se excluirían mutuamente, observando respectivamente las reglas y los principios.

Examinaré estas tesis, y la crítica de Guastini a cada una al final del trabajo; pero aquí anticipo dos conclusiones. Mientras, la ponderación no puede de hecho reducirse, como piensa Jürgen Habermas, a un “complaciente lugar común de los juristas”³¹; al contrario, se trata de una argumentación dictada a la pluralidad, genericidad y conflictualidad de valores morales y principios constitucionales. Después, como afirma Guastini pero como reconocen los propios neoconstitucionalistas, entre subsunción y ponderación, pero más en general entre reglas y principios, y entre Derecho y moral se da la misma relación, admitida por el propio Habermas: “la moral autónoma, por un lado, y el Derecho positivo (siempre necesitado de fundamentación) por el otro, se colocan en una relación de *complementariedad*”³².

La aplicación, en sentido lato, de un principio genérico, como la sacralidad de la vida, la dignidad humana o la igualdad formal, consiste en la especificación de este en una regla. Tal especificación, por otro lado, presupone la ponderación de tal principio con otros, como sostienen no sólo los neoconstitucionalistas, sino, primero y de forma aún más general, los pluralistas de los valores. Sólo cuando, producto de la ponderación primero y después de la especificación, se obtiene una regla abstracta – llamada a veces *regla del conflicto* – esta puede ser aplicada en sentido estricto, es decir, por subsunción. Derecho y moral, reglas y principios, subsunción y ponderación, resultan entrelazados en el mismo razonamiento jurídico: por lo tanto, del cual se puede decir todo, pero no que el neoconstitucionalismo no tiene una teoría.

En conclusión: adoptando un mínimo de caridad interpretativa, también las tesis neoconstitucionalistas sobre el razonamiento jurídico, como aquellas sobre la relación Derecho-moral y sobre las normas, aparecen (no meras ideologías, sino) auténticas teorías, radicadas en tendencias profundas de la ética contemporánea: basta pensar en la ponderación, que no es sino la consecuencia en el ámbito jurídico-constitucional de la teoría metaética del pluralismo de los valores (del inglés, *value pluralism*). Que se trate

³¹ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung* (1992), trad. It. *Fatti e norme*, Milano: Guerini, 1996, p. 302.

³² *Ibid*, p. 130 (cursiva en el texto).

de auténticas teorías, de las relaciones Derecho-moral, de las normas y del razonamiento jurídico, por otra parte, no excluye sino implica que pueden darse teorías mejores que las neoconstitucionalistas: como justamente veremos en un momento. Pero, una vez más, una sola cosa no se puede decir: que el neoconstitucionalismo es sólo un cúmulo de ideologías.

IV. UNA CRÍTICA IUSPOSITIVISTA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

La *tercera* cuestión, *teórica*, reza como sigue: más allá de existir como teoría, y de haber propuesto algunos de los temas más estimulantes del debate teórico reciente, ¿el neoconstitucionalismo es también una teoría aceptable? Por ejemplo: abstrayendo de los perfiles metodológicos e ideológicos del neoconstitucionalismo, ¿los tres problemas característicos delineados en las páginas precedentes no podrían recibir soluciones diferentes por parte de un iuspositivismo metodológico más actualizado que el iuspositivismo teórico de los siglos XIX y XX? Mi opinión personal, que anticipa aquella más articulada expresada en un libro próximo, es afirmativa. A continuación busco argumentarla: esforzándome por proporcionar un esquema de teoría iuspositivista, inspirada en algunas bien conocidas tesis de Cass Sunstein y Frederick Schauer, de cada uno de los tres temas teóricos característicos del neoconstitucionalismo.

1. Respecto a las *relaciones Derecho-moral*, creo que el iuspositivismo puede teorizarlas bajo dos condiciones, conectadas entre ellas. La *primera* condición es representar tales relaciones en los términos de la relación contingente admitida por el iuspositivismo incluyente; la *segunda* condición es recuperar los límites de tal conexión hasta ahora formulados oscuramente antes por el iuspositivismo excluyente. De hecho, iuspositivistas excluyentes como Raz parecen postular un tipo de conexión necesaria negativa: el Derecho *necesariamente no puede* ser conectado a la moral. Así mismo, esta tesis apodíctica de la Tesis de la conexión iusnaturalista es admisible sólo en el sentido que el Derecho no pueda ser *indefinidamente* conectado con la moral; un Derecho enteramente “por principios” no sería más un Derecho positivo: sería una moral aplicada judicialmente, un tipo de justicia del cadí.

Pensemos en una Constitución, rígida y garantizada, que enunciase explícitamente el principio “la legislación ordinaria debe ser justa”³³. Evidentemente, un principio del género quitaría cada función a la legislación, y al

³³ Como es sabido, según Alexy en el derecho actúa siempre, *implícitamente*, una pretensión de corrección; aquí sostiene que no podría utilizarla *explícitamente* sin autodestruirse como derecho.

mismo tiempo al propio Parlamento democrático que la produce³⁴; la Corte constitucional, de hecho, podría anular cualquier ley contrastante con el sentido de justicia de la mayoría de sus propios componentes; peor aún, cada juez ordinario podría ejercer una interpretación adecuada de cada ley por él aplicada, sustituyéndola con la regla que él considere justa. Si los iuspositivistas excluyentes pretenden sólo esto, entonces tienen razón; el Derecho no puede ser indefinidamente abierto a la moral sin colapsar con la misma moral: y, de hecho, una moral particularmente repugnante, pues es creada abiertamente por los jueces.

Aquí, sin embargo, termina el núcleo de buen sentido del iuspositivismo excluyente; éste tiene sentido en excluir sólo aquella *indefinida* apertura del Derecho que lo haría colapsar en la moral: como lo sería admitiendo la aplicación directa e indiscriminada de los principios constitucionales por parte de los jueces (*Drittwirkung*). Ahora, los principios, acorde al pluralismo de los valores, son aplicables sólo previa ponderación con los principios y especificaciones en reglas; se trata de actividad bastante discrecional que debería ser reservada al Parlamento, en positivo, y a la Corte constitucional en negativo: al menos en una democracia constitucional, por así decirlo³⁵. En una *democracia* constitucional los jueces ordinarios no pueden reemplazar al Parlamento, y los jueces constitucionales pueden anular únicamente la legislación inconstitucional.

Se abre aquí el enorme problema de la delimitación de las relaciones entre Derecho y moral (positiva o crítica, no hace diferencia). Esta delimitación requiere una solución intermedia a aquella propuesta por los iuspositivismos incluyente y excluyente: ¿pero cuál? Incluyentes y excluyentes coinciden en que las relaciones entre Derecho y moral son *moduladas* por los principios constitucionales³⁶: ¿pero cómo? Tal vez entre valores morales y principios constitucionales, por un lado, y reglas que les ayudan, por el otro, se da la misma relación que entre el principio de la utilidad y las reglas en

³⁴ Es una conocida tesis de Hans Kelsen: cfr. Kelsen, “Wesen und Entwicklung, der Staatsgerichtsbarkeit” (1929), ahora en H. Klekatsky, R. Marcic, H. Schambeck (eds.), *Die Wienerrechtstheoretische Schule*, Wien, Europa, 1968-1979, vol. II, p. 1864.

³⁵ Cfr. Mauro Barberis, “Tre rimedi per la crisi della democrazia”, *Teoria politica*, vol. 1, 2011, donde sostengo una teoría neokelseniana de la democracia constitucional: forma de democracia en la cual el Parlamento es soberano, pero se limita a aplicar y actuar la Constitución.

³⁶ Cfr. Joseph Raz, “Incorporation by Law”(2003), ahora en Id., *Between Authority and Interpretation, On Theory of Law and Practical Reason*, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 182-202, y J.J. Moreso, “In Defense of Inclusive Legal Positivism”, en P. Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*, Giappichelli, Torino: 2001, pp. 37-63.

el utilitarismo de reglas³⁷. Dicho de otro modo, se presume que los principios constitucionales –múltiples, genéricos y contradictorios, a diferencia del principio de utilidad– se aplican únicamente a través de las reglas que los aplican: presunción por otra parte excepcionalmente derrotable, como admite el iuspositivismo *presuntivo* de Frederick Schauer³⁸.

Pensemos simplemente en el valor de la vida: que quien escribe, ateo practicante, sostiene es un valor exclusivamente humano a formularse en una Constitución, y también en la forma del principio “la vida es sagrada”. Formulado así, el valor permanece genérico y siempre potencialmente contradictorio con otros valores; obviamente, ello debe especificarse en la regla que prohíbe el homicidio: pero ¿qué homicidio? El homicidio por legítima defensa, cierto, donde se debe elegir por la vida del agredido; y también el homicidio por estado de necesidad, donde es necesario elegir entre dos vidas igual de sacras. Pero ¿el homicidio del embrión o del feto, respecto del cual la sacralidad de la vida puede entrar en conflicto con el de la mujer? ¿El homicidio del concordante, respecto al cual la sacralidad de la vida puede entrar en contradicción con la dignidad humana de quien quiera terminarla? ¿El homicidio del condenado a muerte, del enemigo de guerra, de las células madre?

El absoluto carácter de genérico (en alemán *Unbestimmtheit*) del principio de la sacralidad de la vida podría ser un buen ejemplo de aquéllos que Sunstein ha llamado *acuerdos parcialmente teorizados* (en inglés, *incompletely theorized agreements*). Sunstein habla de dos tipos de acuerdos del género. El *primero*, del tipo –de ahora en adelante APT1– interviene justo entre los constituyentes; éstos formulan principios muy genéricos, del tipo de la sacralidad de la vida, recurriendo a una forma de abstracción que podría llamarse *asenso conceptual* (en inglés, *conceptual ascent*). El otro acuerdo parcialmente teorizado –de ahora en adelante APT2, que se mencionará en el próximo punto– puede también intervenir entre los constituyentes pero se presenta comúnmente entre los legisladores: los cuales legislaran ponderando y especificando principios constitucionales, en el ejercicio de aquello que Sunstein llama *descenso conceptual* (en inglés *conceptual descent*)³⁹.

³⁷ Cfr. John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), London: Weidenfeld and Nicolson, 1954, p. 47: “Our rules would be fashioned on utility; our conduct, on our rules”.

³⁸ Cfr. Frederick Schauer, *Playing by the Rules*, cit., pp. 196 y ss.

³⁹ Cfr. Cass Sunstein, *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 50; es el mismo Sunstein el que caracteriza el Segundo tipo de acuerdo como *conceptual descent*: aquello que posiblemente permite caracterizar el acuerdo del primer tipo como *conceptual ascent*.

El APT1 permite lograr un acuerdo entre constituyentes con opiniones éticas incluso opuestas operando con un tipo de ascenso conceptual: se formulan principios constitucionales lo suficientemente genéricos como para poder ser suscritos por cada uno de los constituyentes sin cambiar su respectiva opinión. Naturalmente, sobre cuestiones menos controvertidas que la vida, nada impide al constituyente para ponerse de acuerdo sobre principios o reglas bastante más específicos; pero en sociedades éticamente divididas como las nuestras, el acuerdo comúnmente se logra sobre principios genéricos, al precio de trasladar al legislador la decisión sobre las cuestiones controvertidas: la vida es sagrada, ¿pero cuál? A nadie se le escapará que justo aquí se abre el espacio de la elección democrática⁴⁰: elección que en una *democracia* constitucional respecta en positivo al Parlamento, en negativo a la Corte constitucional.

2. Respecto a la *distinción reglas/principios*, la versión iuspositivista no puede ser fuerte y dicotómica, pero sí débil: aunque siempre cuasi-dicotómica. La versión de la distinción reglas/principios es débil en un triple sentido. Así, una misma disposición puede interpretarse como regla, aplicable directamente (deductivamente) al caso concreto, o como principio, aplicable al caso concreto sólo indirectamente, a través de la ponderación y especificación en regla. Posteriormente, las *mismas* normas – pensemos en los principios discrecionales (*rationes decidendi*) del *common law* y en los principios generales del *civil law* – pueden clasificarse y como reglas y como principios. En conclusión, reglas y principios son complementarias: de las reglas – a través del ascenso conceptual y el APT1 – pueden siempre obtenerse diversos principios; de los principios – a través del descenso conceptual y el APT2 – pueden siempre obtenerse reglas diferentes.

Pero la distinción, en retrospectiva, se muestra cuasi-dicotómica: principios decisionales y generales son en realidad reglas, aplicables deductivamente al caso concreto; únicamente los principios constitucionales o fundamentales exigen reglas para aplicarse. Esta última consecuencia desagradó a Ferrajoli, que acusa a la distinción reglas/principios de reintroducir la desacreditada distinción de la Casación italiana entre normas preceptivas y normas programáticas⁴¹: pero injustificadamente, y en todo caso basán-

⁴⁰ En realidad, esto parece escapársele a Ferrajoli, como veremos en el próximo punto.

⁴¹ Cfr. Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, donde la distinción neoconstitucionalista entre reglas y principios es reducida a una cuestión de estilo expositivo, exceptuando a los principios por él llamados directivos (los mandatos de optimización de Alexy). Extrañamente Cristina Redondo concuerda con Ferrajoli, en “El paradigma constitucionalista de la autoridad jurídica”, *Doxa*, vol. 34, 2011: una teoría usualmente no aceptada por la ideología.

dose en razones exclusivamente ideológicas. Una *teoría* iuspositivista puede bien reconocer la preceptibilidad de los principios, pero reconociendo su menor preceptibilidad respecto a las reglas, en cambio, sólo una auténtica ideología puede tirar por la borda la cuarentenaria distinción entre reglas y principios con el simple fin de enfatizar la preceptividad de la Constitución (italiana).

Los principios (constitucionales) se aplican, en sentido lato, a través de reglas (legislativas); cuándo el acuerdo en el Parlamento sea más difícil se puede recurrir al APT2: es decir, encontrar un compromiso sobre una regla justificable con base a principios incluso opuestos. Sunstein presenta el ejemplo de una disposición que autoriza a los trabajadores a practicar su religión: disposición sobre la cual religiosos y laicos, empleadores y trabajadores, pueden concordar por razones diferentes. Un compromiso del tipo a menudo produce aquello que Giovanni Tarello llamaba *legislación de mera fórmula*: una disposición sobre la cual se encuentra de acuerdo el Parlamento bien sabiendo que posteriormente los jueces la interpretarán de modo diverso e incluso opuesto, sobre la base de principios constitucionales diferentes⁴².

APT1 y APT2 son formas de ponderación, que podrían llamarse en sentido latísimo, o constitucional, y en sentido lato, o legislativo, y distinguirse de la ponderación en sentido estricto, utilizada por la Corte constitucional y eventualmente por los jueces ordinarios⁴³. De hecho, inclusive Ferrajoli habla de ponderación legislativa y jurisdiccional, excepto que reduce la primera a una “burbuja terminológica” y a la segunda a una vieja interpretación sistemática⁴⁴: siempre con el terror de deteriorar la preceptividad de la Constitución (italiana). Una auténtica teoría iuspositivista, es decir avalorativa, de la diferencia reglas/principios, y de la aplicación en sentido lato de los principios, podría en cambio más serenamente distinguir dos diferencias entre ponderación legislativa y jurisdiccional de los principios.

La *primera* diferencia es que especificación y ponderación son implícitas si las cumple el Parlamento, explícitas si las cumple el juez constitucional: incluso si nada impide al juez utilizarlas implícitamente, callando un prin-

⁴² Cfr. Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano: Giuffrè, 1980, pp. 366-377, e G. Fioriglio, “Lamiguità normativa, la legislazione di mera formula ed il ruolo della magistratura”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 2, 2004, pp. 547-553.

⁴³ Cfr. Mauro Barberis, “Ligittima difesa e bilanciamenti”, en A. Bernardi, B. Pastore, S. Pugliotto (eds.), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*. Giuffrè, Milano: pp. 86-89, y Giorgio Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna: Il Mulino, 2010, p. 174.

⁴⁴ Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, cit.

cipio ponderado, y al legislador de utilizarlas explícitamente, mencionando los principios en el título o en el preámbulo de la ley. La segunda diferencia es que la aplicación de la Constitución por parte del Parlamento sucede normalmente, en positivo, y es *libre*, no sujeta a la obligación de motivar, mientras la aplicación por parte de la Corte constitucional es excepcional, en negativo (consiste en anular leyes inconstitucionales) y es *vinculada*, sujeta a la obligación de motivar: por esto aquí la ponderación es explicitada. Por otro lado, sendas ponderaciones son distintas únicamente respecto del grado de discrecionalidad: justo como nos lo enseñó Kelsen⁴⁵.

Tomemos como ejemplo la actual legislación italiana sobre la interrupción del embarazo, producida por el Parlamento después de que la Corte constitucional anuló la prohibición fascista del aborto. La Corte había ponderado explícitamente el valor de la vida del feto con el valor de la salud de la mujer; lo mismo hace el Parlamento tres años después, con una ley que invoca desde el título los principios contradictorios de la vida y la salud. El legislador utiliza la ponderación más avanzada entre sendos principios que la del juez; mientras la Corte había admitido que el aborto podía justificarse, en los primeros tres meses a partir de la concepción, sólo para tutelar la salud *física* de la mujer, el legislador establece que el aborto puede justificarse, en los mismos meses, también para tutelar la salud psíquica de la mujer⁴⁶. Pero, aquí, entre ponderación legislativa y jurisdiccional existe una diferencia meramente cuantitativa: la primera es sólo *más* discrecional que la segunda.

Aquí, naturalmente, se abre la gran alternativa político-normativa entre aplicación de la Constitución por parte del Parlamento o de la Corte constitucional. Sobre el plano normativo, incluso en una democracia constitucional, dónde el Parlamento no es más soberano sino que se limita a aplicar la Constitución, es siempre el Parlamento el que continúa aplicándola: la Corte interviene sólo cuando las leyes la violan. En cambio, sobre el plano

⁴⁵ Cfr. Hans Kelsen, “Le garantie jurisdictionelle de la constitution” (1928), trad. It. *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, en Id., *La giustizia costituzionale*, Milano: Giuffrè, 1981, tipo p. 147; pero también p. 189, donde no recomienda formular la Constitución en términos de principio, puesto que ello terminaría por minar la primacía del Parlamento en la aplicación de la Constitución.

⁴⁶ Cfr. Corte constitucional, sentencia n. 27/1975, y ley del 22 de mayo de 1978 n. 194, art. 4, intitulada de hecho “Normas para la tutela social de la maternidad [la vida del feto] y sobre la interrupción voluntaria del embarazo [la salud de la mujer]”. Las posteriores justificaciones del aborto adoptadas por el art. 4 (por ejemplo, las condiciones económicas, familiares y sociales) ocultan en realidad la decisión en última instancia de la mujer: técnica similar al APT2 adoptada oportunamente, al parecer de quien escribe, para obtener el mismo resultado de un derecho de la mujer a abortar.

cognoscitivo sendas aplicaciones son alternativas sólo si se adopta todavía la doctrina hobbesiana de la soberanía del Parlamento: como lo hacen los críticos del control de constitucionalidad tales como Jeremy Waldron, para los cuales la última palabra respecta únicamente o al Parlamento o a la Corte⁴⁷. Pero si no se adopta tal doctrina —admitiendo que el ejercicio de la soberanía es siempre más o menos dividido, y que nadie tiene jamás la última palabra; todo lo contrario, la penúltima — entonces entre Parlamento y Corte pueden darse conflictos o diálogo⁴⁸.

3. Respecto a la *distinción subsunción/ponderación*, en fin, también esta puede tornarse en objeto de una teoría avalorativa: pero no necesariamente de la teoría de la ponderación de Guastini. Aquí a continuación retomo las cinco tesis neoconstitucionalistas sobre la ponderación enlistadas en 3.3, las confronto con las críticas de Guastini y busco esquematizar una teoría de la ponderación diferente a la suya. En particular, no considero a la ponderación una elección arbitraria entre valores irracionales, utilizada por los jueces constitucionales que quieren arrebatar al Parlamento de sus poderes⁴⁹, sino un razonamiento hecho que deviene inevitable por el pluralismo de los valores. Los valores morales formulados como principios constitucionales continúan siendo múltiples, genéricos y contradictorios: por ende la Corte constitucional se encuentra casi constreñida a especificarlos y ponderarlos.

Como se recordará, la primera tesis neoconstitucionalista sostiene la apariencia del conflicto entre valores, principios y derechos, que ocultaría un *objective Weltordnung*: una jerarquía coherente de principios constitucionales, o de sus núcleos esenciales. Aquí Guastini tiene razón en contestar el irenismo neoconstitucionalista: pero para hacerlo no es necesario adoptar el emotivismo ético. Basta ser pluralista de los valores y creer que los valores, si bien son modestamente objetivos, es decir, enlistados en términos bastante similares a las más diversas declaraciones de derechos, continúan siendo múltiples, genéricos y contradictorios: es decir, que son necesarias la ponderación y la especificación. Del resto, para admitir el conflicto entre

⁴⁷ Cfr. Jeremy Waldron, “El argumento central contra el control de constitucionalidad”, en este volumen; *contra*, cfr. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon, 1980, p. 220, y Mauro Barberis, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, Laterza, 2005, pp. 78-80.

⁴⁸ Sobre el diálogo institucional, cfr. Giorgio Pino, “La ‘lotta per i diritti fondamentali’ in Europa”, en Isabel Trujillo y Francesco Viola (eds.), *Identità, diritti, ragione pubblica*, cit., pp. 109-141.

⁴⁹ La conocida concesión de la ponderación de Guastini como institución de una jerarquía axiológica movable entre principios, de hecho, retoma después de un siglo las tesis irracionalistas de uno de los inventores de la ponderación, Oliver W. Holmes: cfr. La célebre *dissenting opinion* a todavía más célebre decisión *Lochner*, en W. Fisher III, M. Horowitz, T. Reed (eds.), *American Legal Realism*, Oxford: Oxford University Press, 1993, pp. 25-26.

valores, principios y derechos constitucionales no es ni siquiera necesario ser pluralista; basta admitir que el conflicto es presupuesto por la existencia misma de reglas del conflicto: justo como las antinomias son presupuestas por los criterios para la solución de antinomias⁵⁰.

La *segunda* tesis neoconstitucionalista presenta a la ponderación como un procedimiento racional, casi matemático, para la solución de los casos constitucionales. También aquí creo que Riccardo tiene razón en sospechar que estas teorías sean sólo racionalistas, en el sentido psicológico, de una jurisprudencia constitucional caracterizada por una enorme discrecionalidad. Sin embargo, a mi parecer, se equivoca al presentar a la ponderación como un razonamiento del todo arbitrario. En lo particular, si se admite la multiplicidad, lo genérico y lo contradictorio de los valores morales y los principios constitucionales, no parece haber alternativas más razonables que la ponderación; sería aún más irracional ocultar la multiplicidad de los principios relevantes y aplicar el principio preferido como si fuese el único relevante: como lo hacen, por ejemplo, los teóricos y jueces constitucionalistas originalistas, que no *admiten* la ponderación.

La *tercera* tesis neoconstitucionalista presenta a la ponderación como reconciliación de los principios relevantes: una conciliación que sólo en casos extremos sacrificaría totalmente a uno sobre el otro. Incluso aquí parece que Guastini tiene razón: a menudo los jueces constitucionales someramente hacen pensar que de veras eligen totalmente un principio mientras sacrifican totalmente otro⁵¹. Por otro lado, también sobre casos como estos considero que Guastini se equivoca; y no sólo sobre el plano (meta)ético, dónde el conflicto es trágico y además el compromiso es inevitable: como lo admite cualquier pluralista de los valores⁵². Aún sobre el plano jurídico, ¿qué sentido tendría ponderar – es decir, admitir la relevancia de *dos* principios – con el simple fin de sacrificar totalmente uno? Entonces, ¿Por qué no excluirlo desde el inicio sencillamente no ponderando?

⁵⁰ Aquí, el lector reconocerá un viejo y convincente argumento de Carlos Alchourrón y Bulygin contra la completitud del sistema jurídico.

⁵¹ Cfr. Por último Riccardo Guastini, *Nuevos estudios sobre la interpretación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 232: “La ponderación, por lo tanto, no es propiamente una ‘conciliación’. No consiste en “poner de acuerdo”, como a veces se dice, los dos principios en conflicto, o en encontrar un ‘punto de equilibrio’, o una ‘vía intermedia’, entre tales principios. No consiste en la aplicación y en el sacrificio parcial de ambos. Uno de los dos principios es aplicado, el otro se deja momentáneamente de lado, desaplicado”.

⁵² Cfr. por ejemplo Stuart Hampshire, *Justice is Conflict* (2000), traducción italiana *Non c'è giustizia senza conflitto*, Feltrinelli, Milano: 2001, p. 17.

Tomemos como ejemplo la sentencia de la Corte constitucional italiana que declaró inconstitucional una prohibición pura y simple del aborto. En términos de la teoría de la ponderación de Guastini, la decisión de la Corte sería interpretada como la elección total de la Corte por el valor de la mujer mientras por el otro lado se sacrificó totalmente al valor de la vida del feto. Pero basta leer la sentencia para darse cuenta que los jueces no razonan así: incluso porque, si razonaran de ese modo, no tendrían ninguna manera de reclamar también el valor de la vida del feto: podrían limitarse a invocar el valor de la salud de la mujer. En realidad, el juez primero, y los legisladores más ampliamente después, realizan justamente una conciliación entre ambos valores: dicho toscamente, sacrificando la sacralidad de la vida por la salud de la mujer dentro de los primeros tres meses a partir de la concepción, y el valor de la salud al de la vida posterior a esos tres meses.

La *cuarta* tesis afirma que la ponderación sería funcional a la justicia del caso concreto: justicia obtenible justamente ponderando, es decir, teniendo en cuenta todos los valores, principios y derechos relevantes. Aquí Guastini oscila entre una denuncia al particularismo neoconstitucionalista, como ideología al servicio del arbitrio del juez, y la adopción del mismo en la forma ultra-particularista de la teoría de la ponderación como jerarquía axiológica movable de caso en caso: teoría justificada por el hecho de que de dos principios, en un caso, puede prevalecer uno, y en otro caso, otro. Así además, Riccardo subestima que –al menos en el control de constitucionalidad centralizado– la solución del caso, es decir, una regla del conflicto, es una norma abstracta, no concreta como en el control difuso: una regla que, aún si no funge de precedente, puede inspirar microcodificaciones de las relaciones entre principios⁵³.

En fin, la *quinta* tesis neoconstitucionalista es que la subsunción y la ponderación se excluyen mutuamente, como reglas y principios: la subsunción sería exclusiva de las reglas, la ponderación de los principios. En efecto, aquí Guastini tendría todas las razones para criticar la insostenible tesis de la exclusividad de la subsunción y la ponderación; excepto que, Alexy, exportador de las tesis de Dworkin en Europa, la abandonó desde hace casi una década⁵⁴; incluso Zagrebelsky – antiguo defensor de las tesis de Alexy en Italia,

⁵³ Cfr. J. J. Moreso, “Conflitti fra principi costituzionali”, *Ragion pratica*, vol. 18, 2001, pp. 201-221, con las objeciones de Bruno Celano, “‘Defesibilità’ e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili”, *Ragion pratica*, vol. 18, 2001, pp. 223-239 y la contra objeción de Giorgio Pino, *Diritti e interpretazione*, cit. p. 191: cierto, la regla del conflicto es derrotable, pero “pero no existen reglas absolutamente iderrotables”.

⁵⁴ Cfr. Robert Alexy, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, vol. 16, 2003, pp. 433-449, en p. 439: la diferencia entre subsunción y ponderación “is

como Atienza lo es en España – admite que la ponderación y la subsunción son complementarias, como se ha visto en el punto 3. 1. En efecto, la caza a las ideologías debería encontrar este límite: cuando el adversario abandona por sí mismo sus propias tesis, no sería necesario continuar reprochándolo, sino aplicarle la máxima de oro “a enemigo que huye, puentes de oro”.

V. CONCLUSIÓN

En este trabajo he buscado mostrar, en negativo, que si el neoconstitucionalismo no existe como teoría, entonces ningún otro “ismo” existiría: todos serían sólo ideologías. Pero sobre todo he buscado mostrar, en positivo, que el neoconstitucionalismo ha desarrollado, o de hecho es, una teoría de relaciones entre Derecho y moral, de las normas, o del razonamiento jurídico: situación en verdad envidiable, para una teoría del Derecho que no existe. Es probable que en mi blanda defensa del neoconstitucionalismo haya jugado aquél tipo de indulgencia que los padres tiene respecto a los hijos corrompidos: por regla no se acepta que sean los otros quienes hablen mal de ellos, sólo nosotros los padres tenemos el Derecho de hacerlo. No obstante, a partir de la indulgencia no me parece que el neoconstitucionalismo tenga más necesidad de ser defendido: si acaso, sería hora de tomarlo en serio.

an expression of two dimensions of legal reasoning, a classifying one and a graduating one, which can and must be combined in many ways”.