

Sobre los neoconstitucionalismos.

*Una síntesis para constitucionalistas con alma de teóricos del derecho**

J. Ignacio Núñez Leiva**

Recibido: mayo de 2015

Evaluado: junio de 2015

Aprobado: noviembre de 2015

RESUMEN

El presente trabajo ensaya una síntesis de las principales tesis asociadas al neoconstitucionalismo en sus diversas formas. Analiza sus orígenes conceptuales y sus postulados principales, además de destacar en su parte final los elementos inconclusos de este conjunto de ideas.

Palabras clave: constitucionalismo, neoconstitucionalismo, principios jurídicos, antinomias.

* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco de actividades del Área Investigación en Derecho Público, de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae de Chile. La parte final del título de este trabajo reformula una rúbrica frecuentemente empleada por el Filósofo del Derecho Alfonso García Figueroa.

** Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derechos Humanos por la Universidad Católica del Uruguay. Magíster en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diploma de Estudios Avanzados en Derecho (DEA), por la Universidad de Castilla La Mancha. Doctor © en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha. E- mail: jinunez@uc.cl; josenunez@uft.cl
Profesor – Investigador Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae, Chile.

About Neo-Constitutionalism. A Synthesis for Constitutionalists with a Legal Theoretician's Spirit

ABSTRACT

This article provides a synthesis of the main theses associated to the several types of neo-constitutionalism. The article analyzes its conceptual origin and its main hypotheses and finally outlines the uncompleted elements of these ideas.

Key words: Constitutionalism; neo-constitutionalism; legal principles; antinomies.

INTRODUCCIÓN

Una de las rúbricas más frecuentemente utilizadas en el discurso jurídico reciente es la palabra neoconstitucionalismo. Con gusto o enfado, los juristas y académicos emplean el concepto en reiteradas oportunidades. Tanto la procedencia del concepto –la teoría del derecho– como su uso por parte de constitucionalistas introducen (en no pocas oportunidades) distorsiones en su comprensión. Por ello, estimamos que una síntesis de las ideas más representativas de este movimiento –que no tiene parangón en el mundo anglosajón, pues proviene de factores endémicos del sistema europeo continental y sus herederos– puede aportar en la senda del adecuado entendimiento del fenómeno, de sus características principales y los desafíos que plantea. Insistimos, en especial, porque se trata de la descripción de un fenómeno jurídico detectado por los teóricos del derecho, pero con el cual deben lidiar cotidianamente los constitucionalistas y, en general, casi todo jurista.

El presente trabajo intenta identificar al menos cinco tesis concatenadas y generalmente compartidas por la mayoría de (más no necesariamente todos) los autores asociados al movimiento, pero de ninguna forma agotan la vasta producción y reflexión de las teorías, metodologías e incluso, ideología neoconstitucionalista. Una empresa de tal calibre resultaría ingenua en tan breves páginas.

Para cumplir con el objetivo ya anunciado se emplea el siguiente curso. En primer lugar, se analiza el mapa del problema con-

ceptual originado por el neoconstitucionalismo. A continuación, se estudian las 5 tesis más frecuentes de la bibliografía afín a este fenómeno académico-institucional. Se repasan, respectivamente, el impacto del nuevo prototipo de Constitución en el sistema de fuentes del derecho, la influencia de los principios y directrices en el ordenamiento jurídico, la capacidad desplazatoria que los preceptos constitucionales ejercen respecto de las normas inferiores, el rol adquirido por la ciencia jurídica bajo el paradigma en comento y la labor reclamada a la judicatura en el contexto que se analiza. Terminan estas páginas con un segmento dedicado a algunas reflexiones e inquietudes.

1. *UN CONSTITUCIONALISMO NO DESCUBIERTO POR CONSTITUCIONALISTAS*

La Escuela Genovesa, a través de uno de sus máximos representantes –Paolo Comanducci– reivindica en su favor la autoría del concepto (que, por ser utilizado en la Europa continental y Sudamérica, no tiene equivalente en la cultura anglosajona ni recibe tratamiento por esa doctrina). Así expresa que:

Neoconstitucionalismo es una etiqueta que, a finales del siglo pasado, unos integrantes de la Escuela Genovesa de Teoría del Derecho (Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y yo mismo) comenzamos a utilizar para clasificar y criticar algunas tendencias post positivistas de la filosofía jurídica contemporánea, que presentaban rasgos comunes, pero también diferencias” (Comanducci, 2009, p. 87).

En el mismo sentido se expresa Pozzolo:

Si bien es cierto que la tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, en el ámbito de la filosofía del Derecho viene defendida, en particular, por un grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al Derecho. He llamado a tal corriente de pensamiento Neoconstitucionalismo” (Pozzolo, 1998, p. 339).

Las coordenadas delineadas por Pozzolo para esta corriente, con afán descriptivo (no necesariamente militante), se resumen en cuatro pares antagónicos de conceptos, que incluso ya habían sido percibidos y desarrollados por otros teóricos del derecho (Bobbio, 1965, pp. 101-126), pero sin rotularlos con una denominación unitaria: principios frente a reglas, ponderación frente a subsunción, Constitución frente a independencia del legislador, y jueces frente a libertad del Legislador.

El conjunto de variables ya enunciados se suele articular como doctrina totalizante o teoría del derecho con base constitucional. Y como tal, se presenta frecuentemente como antagonista o evolución de una de las más influyentes concepciones del derecho: la positivista. Siguiendo la clásica tripartición formulada por Bobbio respecto del positivismo (Bobbio, 1965, pp. 101-126) este caudal de ideas sobre el derecho admite una separación –conceptual– en teórico, metodológico e ideoló-

gico. Con las imprecisiones frecuentes de toda síntesis, podemos decir que, según la primera vertiente, se suele entender que la ley es la principal fuente del derecho, no se reconoce (generalmente) la existencia de principios como normas especiales, se defiende una teoría mecanicista de la interpretación, además de sostenerse la coherencia y plenitud del derecho, lo que traería como consecuencia la absoluta prescindencia de la discrecionalidad judicial. Para la segunda variante, el derecho proviene de prácticas sociales, lo que permite describirlo avalorativamente y le exime de cualquier imperativo moral de obediencia.

Finalmente, la última forma propone que existe algún grado de obligación moral de subordinación al derecho. Claro está que esta célebre taxonomía ensayada por Bobbio –con afán pedagógico y sistematizador– no se centra en el pensamiento de autores en particular, sino que agrupa ideas de distintos positivistas. Incluso, se advierte que no todos los positivistas hayan propuesto o compartido la totalidad de las ideas aglomeradas bajo alguna de las tres variantes destacadas por el célebre académico italiano que, además, resultan incompatibles entre sí. Más adelante, con un talento obviamente inferior a quien fuera el maestro de Ferrajoli, cuando aludamos a las ideas neoconstitucionalistas emplearemos la misma simplificación metodológica.

Parte importante de estas ideas son las que actualmente, bajo el influjo de las tesis neoconstitucionalistas, se plantean como superadas o modificadas. Por eso

hoy, un influyente positivista como Luigi Ferrajoli (en diversas obras) se refiere a las tesis antes enunciadas bajo el rótulo de paleopositivismo, en contraposición al positivismo actual, que en el contexto de los Estados constitucionalizados da origen –a su juicio– al constitucionalismo garantista. Con aquellas categorías estandarizadas del positivismo (paleopositivismo) contrastaremos más adelante – cuando sea procedente– las ideas neoconstitucionalistas.

En el sentido evolutivo mencionado en los párrafos anteriores, Luis Prieto –siempre a la vanguardia– publicaba ya en 1991 en la Revista del Centro de Estudios Constitucionales (Madrid) su monografía “Notas sobre Interpretación Constitucional”, en la que anticipaba algo que hasta el día de hoy algunos no terminan de comprender:

Me parece que desde la perspectiva del jurista tradicional el panorama no puede ser precisamente reconfortante, pues aquello que aprendió —y sigue aprendiendo— en las Facultades de Derecho tiene muy poco que ver con estas enseñanzas; ahora resulta que ni la interpretación es una ciencia, ni la justicia tiene vendados sus ojos, y para colmo el depositario de las esencias jurídicas ya no es la cúspide de la jurisdicción ordinaria, sino un órgano especial con las características que ya conocemos y donde además hay muy pocos jueces de carrera. Afirmaba además que: los jueces en general y los constitucionales en particular son —como yo pienso— órganos políticos. Y remataba in-

dicando que: Tal vez, nuestro jurista seguirá intranquilo y no le faltan motivos, pues el sistema de fuentes del Título Preliminar del Código civil proporcionaba más seguridad que cualquier argumentación racional, pero quizá también comience a pensar que las decisiones de los Tribunales no son el resultado de misteriosos y contundentes procesos de deducción científica, sino de una más accesible razón práctica donde todos tenemos algo que decir y, por supuesto, algo de qué responder (Prieto, 1991, p. 198).

Por otra parte, creemos que lleva la razón de su parte Pedro Salazar Ugarte cuando afirma que el neoconstitucionalismo es una categoría conceptual inventada por los miembros de la Escuela Genovesa con la finalidad de ofrecer una denominación común a un conjunto de concepciones que tienen ideas y propuestas que pueden ser consideradas como integrantes de una misma construcción teórica. Por eso – advierte – hay que saber también reparar en las diferencias que cruzan a las obras de los autores que suelen ser reunidos, no sin alguna arbitrariedad, bajo esa categoría (Salazar, 2010 p. 4).

Con todo, el sustrato del neoconstitucionalismo podría resumirse así: una cultura jurídica que reporta (y a veces promueve) la existencia de sistemas normativos encabezados por una Constitución – imbuida por un esquema particular de separación de poderes– que pretende condicionar de modo importante las decisiones de las mayorías a través de su carga axiológica y de las instituciones

jurisdiccionales que garantizan su supremacía y en donde, a consecuencia de lo anterior, el protagonismo en la concreción de las disposiciones constitucionales no corresponde al legislador sino a los jueces. Tales son los elementos y propósitos del programa neoconstitucionalista y las características de los sistemas jurídicos en los que ha calado.

Para comprender de mejor medida a este movimiento, hemos indagado en el pensamiento de algunos de sus autores más representativos y hemos identificado que, pese a las importantes divergencias entre sus ideas –advertencia que ya hemos formulado– hay al menos cinco tesis que suelen ser compartidas, seguramente con ciertos matices, entre los neoconstitucionalistas. Al análisis de ellas nos dedicaremos a continuación.

2. LA CONSTITUCIÓN EN SERIO

En la perspectiva neoconstitucionalista, la Constitución se instala como fuente del derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, como origen inmediato de derechos y obligaciones, y no solo como “fuente de las fuentes” (Rubio, 1979, p. 62). Ha operado en el sistema jurídico una distorsión de aquel modelo jerárquico tan firmemente diseñado por la teoría positivista de las fuentes del derecho. La Constitución ya no es solo norma suprema dirigida a disciplinar en forma directa la labor legislativa y aplicable por los jueces únicamente a través del tamiz de la ley. Es ahora la norma suprema que pretende proyectarse sobre el conjunto

de operadores jurídicos a fin de configurar en su conjunto el orden social y que destruye el dogma liberal estatalista de la fuerza absoluta de la ley (Prieto, 2009, p. 121), característica que tensiona las tesis legiscentrista, propia del positivismo teórico y la confusión paleopositivista entre vigencia y validez de la ley. El derecho y la justicia ya no se reducen a lo que establece una ley omnipotente, sino que “la ley expresa, por el contrario, las combinaciones posibles entre los principios constitucionales” y se configura así “como derecho particular y contingente”, expresión temporal de una mayoría pasajera, señala el segundo (Zagrebelsky, 2008, p. 159).

La nueva ordenación de las fuentes formales del derecho podría ser explicada de la siguiente manera: de una dinámica en la cual los derechos y obligaciones contenidos en la Constitución adquirirían fuerza en tanto eran desarrollados por la ley, se pasa a una relación de subordinación en donde –en palabras de Susanna Pozzolo– la ley opera como un mero factor de mediación entre las exigencias constitucionales y las exigencias prácticas (Pozzolo, 1998, p. 341), lo cual, de paso, nos obliga a repensar el principio dinámico con el que por tanto tiempo se caracterizó el sistema jurídico (García Figueroa, 1998, p. 62), pues la innovación por parte de normas subconstitucionales, de acuerdo con esta nueva lógica, es válida en tanto su contenido sea deudor de los principios y valores contenidos en la Constitución, rasgo propio de los sistemas estáticos. Este factor nuevamente genera conflicto con el positivismo, esta vez el teórico, y su

tesis –o, más bien, promesa– de la plenitud del derecho configura el supuesto de la capacidad auto-regenerativa de la ley.

En síntesis, la Constitución se instala como aquel derecho por sobre el derecho y opera como una convención sobre el coto vedado (Garzón, 1989, p. 209), las cartas de triunfo (Dworkin, 1977, pp. 91 y 199), o acerca de lo que es indecible para cualquier mayoría (Ferrajoli, 1998, p. 858).

Esto último es efecto de lo que Prieto Sanchís denomina “rematerialización constitucional”, factor que resulta clave para entender la existencia de este nuevo derecho –el constitucional– que se ubica por sobre el resto del derecho, principalmente el legal (Prieto, 2007A, p. 119). Las constituciones que se pueden adscribir al neoconstitucionalismo están dotadas no solo de normas formales, de competencia o procedimiento, dirigidas a orientar el ejercicio de los poderes estatales y la relación entre los mismos, sino también –y sobre todo– de normas sustantivas que pretenden trazar límites negativos y vínculos positivos a lo que dichos poderes están en condiciones de decidir legítimamente. Siguiendo al mismo autor, justamente aquello que Kelsen temía es el sello de identidad de este nuevo derecho: gira en torno y se subordina a derechos, valores, principios y directrices (Prieto, 2007B, p. 215).

Tal vez, los elementos más importantes en estas nuevas cartas fundamentales sean los principios y las directrices. Los primeros se caracterizan por estar formu-

lados como enunciados que correlacionan siempre casos con la calificación normativa de una determinada conducta, pero de manera abierta. A diferencia de las reglas, carecen de una condición de aplicación determinada. No se trata de que posean una condición de aplicación con una periferia más o menos amplia, sino de que tales condiciones no se encuentran ni siquiera genéricamente determinadas (Atienza & Ruiz, 1996, p. 9). Las segundas se distinguen por que no solo sus condiciones de aplicación son abiertas o aplicables a –prácticamente– infinitos supuestos de hecho, sino porque, además, su consecuencia jurídica (su modelo de conducta prescrita) tampoco está determinada (Atienza & Ruiz, p. 10).

Principios y directrices, los pilares de la rematerialización constitucional implican que el derecho se aproxime a la moral y que la moral se aproxime al derecho (García Figueroa, 2009, p. 44), cuestión incompatible con las tesis más radicales del positivismo metodológico. No se trata ya de una validación del derecho a través de una instancia metajurídica –como acontecía con el iusnaturalismo, especialmente teológico– sino que una invitación formulada a la moral para que ingrese a las cartas fundamentales. Una moralización del derecho ocasionada a raíz de la presencia de una Constitución axiológicamente generosa y la ulterior moralización del razonamiento jurídico (García Figueroa, p. 65). A aquello se refiere Zagrebelsky cuando predica la separación de los derechos (fundamentales) respecto de la ley (Zagrebelsky, 2008, p. 47) y la separación de la justicia respecto

de la ley (Zagrebelsky, p. 93). Ello no solo pone en crisis la idea de omnipotencia del legislador y la idea de la Constitución *Westminster* –resumida en la afirmación de que el parlamento lo puede todo, salvo convertir a un hombre en una mujer– sino también la decadencia de las ideas de la separación (absoluta) entre derecho y moral y de la estatalidad del derecho, defendida por parte del positivismo metodológico.

Empero, en este punto, quizá más importante que la causa, es uno de sus efectos: el “desbordamiento constitucional”. Debido a que los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución por intermedio del legislador, puesto que pueden hacerlo directamente, y a que ella disciplina numerosos aspectos sustantivos es difícil hallar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional (Prieto, 2007A, p. 119). Es más, cabe decir que detrás de cada precepto legal se adivina siempre una disposición constitucional que lo confirma o genera una antinomia. Esto es lo que –en general– se ha denominado el efecto irradiación o impregnación del texto constitucional: de alguna forma –para bien o para mal– todo se convierte (o desvirtúa) en derecho constitucional. Por ello, la ley deja de ser la medida de los casos (Prieto, 2009, p. 120), es destronada a favor de una instancia más alta (Zagrebelsky, 2008, p. 40). En consecuencia, la teoría de las fuentes ya no puede girar exclusivamente en torno a la ley (Prieto, 2009, p. 120), a la estatalidad del derecho ni necesariamente alrededor de la tesis de las fuentes sociales del derecho.

3. UN CONSTITUCIONALISMO DE PRINCIPIOS

Uno de los elementos más relevantes y significativos en la literatura neoconstitucionalista ha sido la irrupción de un tipo especial de normas en las constituciones: los principios. Una nueva especie no reconocida –o de importancia minusvalorada– en el vademécum paleopositivista. No se trata, vale la pena precisar, de la afirmación de una aparición *ex-nihilo* de las normas explícitas de principio en el derecho, sino de su traslado desde la legislación y tradición jurídica, hacia las constituciones escritas.

La particularidad (funcional) de los principios estaría dada –en lógica neoconstitucionalista– en que mientras las reglas, normas binarias, altamente determinadas en sus condiciones de aplicación y consecuencias jurídicas, proporcionan pautas nítidas acerca de cómo debemos, no debemos o podemos actuar, los principios no nos dicen nada a este respecto, pero sí nos entregan criterios para adoptar posiciones ante situaciones concretas, pero que en principio, no aparecen de manera evidente contenidas en su espectro normativo (Zagrebelsky, 2008, p. 110). Los principios no tienen eficacia en abstracto, requieren de casos concretos para ser operativos¹.

¹ Visión estructural de los principios compartida entre autores que habitualmente son incluidos dentro de este movimiento, tales como Robert Alexy, Alfonso García Figueroa, Santiago Sastre, quienes en diversos trabajos han dado cuenta de esta noción. Con todo, parte de la doctrina afirma la inexistencia de esta diferencia estructural, por diversos motivos, verbigracia, Luis Prieto Sanchís o Juan Antonio García Amado.

Si el derecho estuviere integrado únicamente por reglas, bastaría la maquinización de su aplicación mediante autómatas pensantes. Para autómatas, según el mismo jurista italiano, bastarían el silogismo y la subsunción. La adopción de posiciones que exigen los principios es incompatible con las máquinas, mientras sigan siendo máquinas (Zagrebelsky, 2008, p. 111), juicio virtualmente irreconciliable con la teoría positivista de la interpretación jurídica.

Como ya destacamos más arriba, hoy en día los principios (y directrices) surten efectos sobre el derecho subconstitucional, imponiéndose a las normas fundadas en la carta fundamental cuando ellas contravienen su contenido o conducen a situaciones injustas. Tal efecto propio de la supremacía constitucional deviene en esencial en el interior de la relación principio constitucional-norma legal. Sin embargo, como advierte Alfonso García Figueroa, la novedad neoconstitucionalista no consiste en la capacidad anulatoria negativa de la Constitución (perfectamente compatible con el positivismo Kelseniano e inclusive con el Ferrajoliano), sino en la irremontable tensión interna de ella. En efecto, en un Estado constitucional, la visión holista del derecho, especialmente estimulada por el ya mencionado efecto irradiación, se acentúa por la condición disposicional de las normas de principio. En tal sentido, entendemos por disposicional aquella propiedad *a priori* indetectable pero que se hace evidente concurriendo ciertas circunstancias. García Figueroa emplea la sal como ejemplo de un elemento con

propiedades disposicionales. Afirma que la solubilidad de la sal es imperceptible a menos que se verifique la condición de mezclarla con agua. Y no porque un gramo de sal nunca sea mezclado con agua podemos afirmar que aquella es indisoluble.

Pues bien, en los principios –acostumbrados a imponerse a las normas que Zagrebelsky denomina no constitucionales– la derrotabilidad es una propiedad disposicional: están sometidos a un desplazamiento en su eficacia o vigencia concreta ante la o las circunstancias en que otro principio resulte concurrente al caso de manera más justa o satisfactoria (García Figueroa, 2009, p. 139).

El carácter disposicional de los principios derrotables pero, a la vez, capaces de triunfar indefinidamente sobre otra norma, sea o no que goce de supremacía constitucional, anuncia una segunda característica del neoconstitucionalismo: la omnipresencia constitucional. Ello, como analizásemos en el punto anterior, no solo implica que hoy en día es difícil detectar un caso que resulte irrelevante desde el punto de vista constitucional, sino que cualquier principio (constitucional) no absoluto puede ser desplazado por otro principio concurrente. Tal aparente debilidad intraconstitucional, lejos de revelar un defecto, da cuenta del inmenso potencial de las constituciones en operatividad neoconstitucional: contribuyen a lograr –o más bien restablecer– un ideal pre codificador que la Ilustración transformó de aspiración en realidad artificial: la plenitud del derecho, pero que para el positivismo

teórico era construido con base en la pretendida virtud auto-regenerativa de la ley.

4. NO ES (SOLO) UN PROBLEMA DE ANTINOMIAS TAMBIÉN DE LAGUNAS (AXIOLÓGICAS)

Las lagunas axiológicas, según Guastini, no consisten en una falta de norma sin más. Lo que falta no es una norma que regule el supuesto en cuestión, porque ese supuesto, en efecto, está reglado (de no ser así habría una laguna normativa). Falta en verdad en el enunciado normativo cuestionado una norma satisfactoria o justa y, más precisamente, una norma diferenciadora, es decir, una norma que regule de forma distinta un supuesto que al intérprete le parece distinto (Guastini, 2006, p. 278).

En el Estado constitucional de derecho, crisol de las cartas fundamentales rematerializadas y que reciben aplicación directa sin necesidad de intermediación legislativa, el juez dispone siempre de al menos dos fuentes del derecho, con diferente jerarquía, que pueden ofrecer soluciones no necesariamente contradictorias, pero con diversos niveles o estándares de justicia y con diferentes aptitudes protectoras de derechos: Constitución y Ley, entre las cuales puede elegir sin necesidad de declarar la invalidez ni la derogación de alguna de las dos, sino simplemente postergar la eficacia de la ley y preferir la vigencia de la Constitución respecto del caso que conoce. Todo un remezón a la teoría (paleo) positivista de las fuentes del derecho.

A ello alude Guastini cuando expresa que en los Estados constitucionales de derecho (en sentido constitucionalizado y neoconstitucionalista) ciertos principios –como el de razonabilidad, entre otros– operan como una “máquina de producción de lagunas axiológicas”. Por ejemplo, cuando el legislador trata de manera diversa casos que parecen idénticos (esto es, cuando discrimina arbitrariamente) el intérprete –u operador jurídico– afirmará que falta una norma igualadora. O cuando el legislador trata por igual situaciones diversas (no distingue como debería), considerando una propiedad relevante del caso, el intérprete reclamará por la inexistencia de una norma diferenciadora. En ambas oportunidades, y por aplicación directa de la Constitución, la judicatura correspondiente completará la norma adicionando con fundamento constitucional el elemento o propiedad relevante preterida por la ley suspendiendo su aplicación a secas y dirimiendo el conflicto con base en un contenido constitucional. Tal contenido, normalmente indeterminado, domiciliado en un principio, proporcionará la consideración a la propiedad relevante del caso no anticipada por el legislador, derrotando en su vigencia concreta a la ley o, lo que es lo mismo, haciendo triunfar a la Constitución sin la necesidad de acudir a una antinomia absoluta entre normas de diversa jerarquía.

Por lo tanto –como ya lo afirmásemos– si toda norma subconstitucional puede ser objeto de una laguna axiológica, toda norma de tal jerarquía es también derrotable por una Constitución omnicompreensiva, capaz de disciplinar, con mayor amplitud

que la ley, cualquier cuestión jurídica de mediana importancia práctica.

5. **CONSTITUCIÓN Y POLÍTICA: EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO**

Con absoluto pragmatismo y sin afanes estipulativos, podemos afirmar que desde el momento en el cual los sujetos normativos identifican la utilidad práctica de incorporar contenidos morales en las constituciones, transformándolas de normas fundamentales en cartas fundamentales, resulta muy poco probable el retorno a modelos como el propuesto en las teorías puras del derecho y en los prototipos de constituciones axiológicamente neutras. Los principios explícitos no existen *ex nihilo*, tienen creadores con militancia moral que son partícipes de la actividad política y, desde luego, comparcen en los momentos constituyentes, conscientes del efecto producido durante la última centuria por la rematerialización constitucional.

En este contexto, una jerarquía de valores (o principios y directrices) resulta inútil e insuficiente (Zagrebel'sky, 2008, p. 124). La saturación axiológica de los textos constitucionales –para los neoconstitucionalistas– configura un espacio normativo propicio para ofrecer respuesta a cualquier problema práctico (Prieto, 2010, p. 92), incluso no solo una, sino varias y contradictorias; opuestas y derrotables, sin solución con base en los criterios de especialidad, jerarquía o temporalidad, e imposibles de afrontar únicamente con fundamento en esquemas subsuntivos.

Ello supone que el razonamiento moral se hace presente no solo en los discursos “de acuerdo o a partir del derecho”, sino en los discursos acerca del derecho (Prieto, 2010, p. 93). En pocas palabras, los problemas de justicia –en el contexto neoconstitucionalista– se han convertido en problemas de validez o identificación de las normas con base en pautas morales (plurales) que ya no flotan por sobre el derecho, sino que han emigrado al interior del mismo a través de los denominados principios explícitos, lo cual implica emprender una labor que forma parte de la filosofía práctica (Prieto, 2010, p. 94). Este giro metodológico supone abrir el derecho a una racionalidad constructiva y discursiva que desempeña una labor tanto de identificación como de justificación. No es baladí – entonces – que una de las principales preocupaciones del neoconstitucionalismo haya sido elaborar una acabada teoría de la argumentación jurídica, tema absolutamente descuidado por el positivismo (Prieto, 2010, p. 95). Este aporte, según Prieto Sanchís, responde a una necesidad de legitimación, pues la propuesta de sustitución del juez “boca de la ley” por un juez sometido a las cláusulas materiales de la Constitución solo es posible (y aceptable) en tanto que su labor pueda ser validada por una sólida argumentación racional (Prieto, 2010, p. 95).

Quizá la principal novedad o propuesta metodológica del neoconstitucionalismo sea el famoso principio de proporcionalidad (también llamado método de la ponderación), instituto sobre el cual no ahondaremos pues sus perfiles son de

amplio conocimiento. Con todo destacaremos que su aplicación, si bien no asegura una y solo una respuesta para cada caso concreto –como sería el ideal de Dworkin y su unidad de solución correcta– impone al sentenciador, aunque sea de manera perfectible, la necesidad de fundamentar sus decisiones a la hora de resolver un conflicto normativo que no admite la aplicación de las clásicas herramientas de solución de antinomias (Prieto, 2005, p. 152), pues normalmente acontece entre disposiciones que “dicen mucho al legislador” pero “muy poco al juez” (Prieto, 2007B, p. 217).

En consecuencia, como bien dice Santiago Sastre, un común denominador de las teorías neoconstitucionalistas es la insistencia en la necesidad de superar el modelo que circunscribe la ciencia jurídica a la mera descripción del derecho (Sastre, 2005, p. 251). Tal propuesta, sugiere el autor, resulta atendible con base en dos razones. Primero, porque no hacerlo implicaría la negación de la importancia de la Ciencia Jurídica y, segundo, porque la experiencia ha demostrado que bajo el enmascaramiento de una supuesta científicidad de ciertas ideas jurídicas –con el propósito de premunirlas de prestigio y aceptación– se han disfrazado las más “puras y duras ideologías” (Sastre, p. 251).

Por eso los neoconstitucionalistas sugieren reconocer a la ciencia jurídica su carácter práctico. Zagrebelsky aclara el alcance de esta propuesta:

aquellas en las que el hombre se pone en relación con el mundo que no cambia ni es cambiante según el interés humano. Por el contrario, se consideran ciencias prácticas aquellas que tienen como ámbito material lo que, pudiendo ser de un modo o de otro, está comprometido en el radio de influencia de la acción humana” (Zagrebelsky, 2008, p. 120).

Por ello, el objetivo de una ciencia práctica será conducir el actuar y por lo tanto la voluntad que le mueve de conformidad con la razón, la razón práctica (Zagrebelsky, p. 121).

Para Zagrebelsky, la ciencia jurídica ha de ser, como se ha dicho, “práctica” pero además “líquida”. Con lo primero, el autor de *El derecho dúctil* destaca que en el contexto actual la aproximación al derecho no puede ser desde una óptica lógico-formal puesto que los principios demandan una aplicación especial –una argumentación– que tome en cuenta sus (amplios, múltiples e indeterminados) contenidos. Con lo segundo, alude al deber de la ciencia jurídica (Sastre, 2005, p. 257), especialmente de la dogmática constitucional, de velar por la coexistencia de la pluralidad de valores y principios que deambulan en esta “Metaética de Babel”² que es el Estado constitucional. Ha de ser como un líquido donde las sustancias que se vierten, los conceptos, mantienen su individualidad y coexisten sin colisiones destructivas, aunque con movimientos y

En el modelo aristotélico se consideran ciencias teoréticas

² Este gráfico y sugestivo ejemplo pertenece Alfonso García Figueroa (García Figueroa, 2009).

oscilaciones, pero sin que jamás un solo componente pueda imponerse o eliminar al resto (Zagrebletsky, 2008, p. 17).

6. LOS JUECES EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO.

Las cuatro ideas neoconstitucionalistas, ya mencionadas, influyen también en una última esfera: el rol del juez. En un modelo donde la aplicación del derecho no depende de procedimientos lógicos de aplicación automática y en el cual corresponde al sentenciador la búsqueda del derecho no solo en las normas de procedencia estatal –orientado permanentemente por la consideración y ponderación de los intereses sociales–, el rol de la judicatura no puede ser concebido simplemente como el de un ejecutor de las prescripciones genéricas contenidas en las normas emanadas del legislador.

En un contexto donde el derecho ha de verse como una práctica social compleja, consistente en decidir casos, justificar aquellas decisiones y producir normas derivadas de preceptos altamente abstractos, el ordenamiento jurídico no es un dato dado de antemano (a la espera de que un jurista teórico o un juez lo sistematicen) sino una actividad en la que teóricos y jueces participan (Atienza & Ruiz, 2009, p. 152), y no desde afuera.

Por eso, se acusa al neoconstitucionalismo de "reforzar la influencia política de una supuesta ciencia jurídico-constitucional e impulsar un judicialismo que subvierte la relación entre los poderes del estado, poniendo en jaque el princi-

pio democrático y la soberanía popular" (García Amado, 2010, p. 131).

Aunque con los matices propios de cualquier metáfora, el modelo de juez del Estado constitucional de derecho se asemeja a un sujeto que mira el derecho como una integridad, que niega que las declaraciones e interpretaciones del mismo sean simples informes objetivos que remontan a convencionalismos preteritos o programas instrumentales, la tarea adjudicativa depende de opciones *interpretativas-argumentativas* y la actividad jurídica es una narrativa política en desarrollo (Dworkin, 2008, p. 164).

Para jueces neoconstitucionalistas, la aplicación del derecho a casos concretos estará siempre teñida por los hechos del caso. Pero además del texto normativo, ellos acudirán a consideraciones de integridad y equidad. A la sabiduría. A sus ojos, la Constitución, repleta de cláusulas abiertas y abstractas, requiere una interpretación especial (Dworkin, 2008, p. 267).

Por eso, en la agenda del neoconstitucionalismo delineada –recordemos– por una Carta Fundamental omnicompreensiva y plenamente normativa, el funcionamiento institucional tiende con fuerza a la equiparación del modelo judicial europeo con el estadounidense: en Europa (y en Sudamérica) como en los Estados Unidos, todos los jueces debieran ser jueces constitucionales (Aragón, 2008, p.158). Aquello reclama, según Zagreblesky, una readecuación de la mayoría de los estatutos organizativos de la judicatura.

El carácter de la actividad jurisdiccional, nos dice el jurista italiano, que se desenvuelve entre los principios y las reglas, entre los hechos y el derecho debería conducir a la pregunta de si no resulta incongruente la gestión de un derecho ya no solo estatal bajo un modelo estatista que trata al funcionario judicial como un mero administrador, un burócrata lleno de apatía social, encargado de una aplicación exacta y geométrica de la ley, distante de toda influencia. El punto sobre el que sugiere insistir es en "la posición dual que necesariamente corresponde a los jueces en el Estado constitucional: una especialísima y difícilísima posición de intermediación entre el Estado (como poder político-legislativo) y la sociedad (como sede de los casos que plantean pretensiones en nombre de los principios constitucionales), que no tiene paralelo en ningún otro tipo de funcionarios públicos" (Zagrebelsky, 2008, p. 149).

CONCLUSIONES

Las principales propuestas compartidas por la mayoría de las versiones del neoconstitucionalismo se podrían resumir en las siguientes cinco ideas: la separación del derecho respecto de la Ley, la irrupción de los principios en las constituciones, la expansión (o explosión) de las lagunas axiológicas, la concepción argumentativa del derecho y un modelo militante de juez. La primera corresponde a un reporte acerca del estado actual de las fuentes formales del derecho; la segunda, a una propuesta descriptiva del problema de las lagunas jurídicas;

la tercera, a una reconstrucción de las denominadas lagunas axiológicas en el Estado constitucional; la cuarta, a una tesis sobre la Ciencia Jurídica, y, la última, a una propuesta sobre la labor del juez en el contexto ya descrito.

En tal escenario esperan respuesta diversas cuestiones controvertidas. Entre ellas por ejemplo, la eventual existencia de una diferencia estructural, interpretativa o de grado de apertura entre reglas y principios. Lo primero significaría que estos poseen una morfología endémica que las haría fácilmente identificables y distinguibles de las reglas. En cambio, la segunda alternativa supone que los principios serían tales porque son susceptibles de ser ponderados. Luego no sería posible reconocer a uno de ellos antes de la interpretación/aplicación en caso de conflicto de normas. La tercera forma de encarar el asunto es entendiendo que la diferencia entre una y otra clase de normas estriba en el grado de determinación de sus supuestos de hecho y/o consecuencias jurídicas. Lo anterior implica reconocer que la indeterminación no es un elemento exclusivo de los principios, sino que existen reglas que también exigen al aplicador un esfuerzo interpretativo. En palabras de Prieto, reglas y principios pueden tener zonas de penumbra. La diferencia es que estos últimos suelen ubicarse en la oscuridad que demanda un mayor esfuerzo al intérprete (Prieto, 1998, p. 60).

También puede ser un objetivo valioso la identificación del punto central de este conjunto de doctrinas. ¿Es un problema de antinomias o de lagunas jurídicas?

Finalmente, resulta ineludible abordar en perspectivas más desprejuiciadas (y menos interesadas) el impacto de los neoconstitucionalismos en la aproximación de la moral al derecho. La presencia de contenidos morales en el derecho no es algo nuevo, ni un resultado de la rematerialización constitucional. La sola definición de un régimen republicano basado en una Carta Política que sustituya a una monarquía ya es portadora de contenidos morales. Las propias reglas, sin necesidad de acudir a principios, perfectamente pueden implicar el cumplimiento o la violación de preceptos morales, asunto nada novedoso y vastamente reportado por célebres iuspositivistas. El problema a elucidar y los prejuicios a desterrar dicen relación con la comprobación de si la moralización del derecho a través de los principios implica o no una conexión intrínseca del derecho con la moral, y de ser así con cuál de ellas. Una única e inmutable, como la propuesta por los iusnaturalistas preilustrados, o simplemente y a lo sumo con la moral social; dificultad no vacua, pues su solución nos aproxima o nos aleja al constitucionalismo ético.

Todo lo anterior enumera –desde luego no en forma taxativa– uno de los actuales dilemas del derecho y la ciencia jurídica. El que a nuestro juicio solo encontrará soluciones adecuadas en tanto el derecho constitucional se aproxime a la teoría del derecho y los iusfilósofos continúen interesándose en los asuntos constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Aragón, M. (2008). El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad. En M. Carbonell (Ed.). *Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos* (pp. 151- 176.). México: UNAM-Porrúa.
- Atienza, M. & Ruiz, J. (1996). *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. & Ruiz, J. (2009). *Para una teoría pospositivista del derecho*. Lima: Palestra.
- Bobbio, N. (1965). Sul positivismo giuridico. En *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (pp.101-126). Milán: Cominitá.
- Comanducci, P. (2009). Constitución y Neoconstitucionalismo. En P. Comanducci, M. Ahumada & D. González. *Positivism jurídico y Neoconstitucionalismo* (pp. 85-122). Madrid: Fundación Coloquio Europeo.
- Dworkin, R. (1977). *Taking rights seriously*. London: Duckworth.
- Dworkin, R. (2008). *El imperio del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Ferrajoli, L. (1998). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- García Amado, J. A. (2010). *El derecho y sus circunstancias*. Bogotá: Externado.
- García Figueroa, A. (1998). *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: CEPC.
- García Figueroa, A. (2009). *Criaturas de la moralidad, una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta.
- Garzón, E. (1989). Algo más acerca del coto vedado. *Doxa*, (Número 6), pp. 209-213.
- Guastini, R. (2006). Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, Lagunas Axiológicas e

- Interpretación. En *Análisis Filosófico* XXVI, N.º 2, (pp. 277 -293).
- Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa, Volumen 2*, (Número 21), pp. 339 -356.
- Prieto, L. (1991). Notas sobre interpretación constitucional. *Revista del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid*, (Número 9), pp. 175-198.
- Prieto, L. (1998). *Ley, Principios, Derechos*. Madrid: Dykinson.
- Prieto, L. (2005). Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. En M. Carbonell (Coord.), *Neoconstitucionalismos* (pp. 123-158). Madrid: Trotta.
- Prieto, L. (2007A). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra.
- Prieto, L. (2007B). El constitucionalismo de los derechos. En M. Carbonell (Ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo* (pp. 213-236). México: Trotta-UNAM.
- Prieto, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Prieto, L. (2010). Sobre la identificación del derecho a través de la moral. En J. Moreso (Ed.), *Los desacuerdos en el derecho* (pp. 87-146). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Rubio, F. (1997). La Constitución como fuente del derecho. En *Jornadas de Estudio de la Dirección General de lo Contencioso del Estado. Volumen I*. (pp. 51-74). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Salazar, P. (2010). El garantismo y el neoconstitucionalismo frente a frente. *Ponencia presentada en el VIII Congreso Mundial de Derecho Constitucional, México*. (Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/es/g13.htm>, consultado el 18-10-2011).
- Sastre, S. (2005). La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismos* (pp. 239-258). Madrid: Trotta.
- Zagrebelsky, G. (2008). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.