



Paolo Comanducci  
M<sup>a</sup> Ángeles Ahumada  
Daniel González Lagier

*Positivism jurídico y  
neoconstitucionalismo*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID



**Presidente**

Ernesto Garzón Valdés

**Secretario**

Antonio Pau

**Secretario Adjunto**

Ricardo García Manrique

**Patronos**

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Pedro Cruz Villalón

Jesús González Pérez

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Celestino Pardo

Juan José Pretel

Carmen Tomás y Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

**Gerente**

M<sup>a</sup> Isabel de la Iglesia

*Positivism jurídico y  
neoconstitucionalismo*



Paolo Comanducci  
M<sup>a</sup> Ángeles Ahumada  
Daniel González Lagier

*Positivism jurídico y  
neoconstitucionalismo*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO  
MADRID

© 2009 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Paolo Comanducci, M<sup>a</sup> Ángeles Ahumada y Daniel González Lagier

I.S.B.N. : 978-84-613-7104-4

Depósito Legal: M-52524-2009

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

# ÍNDICE

ALGUNOS PROBLEMAS CONCEPTUALES RELATIVOS A LA APLICACIÓN DEL DERECHO ( <i>Paolo Comanducci</i> ) .....	11
1. Justificación práctica .....	11
2. Aplicabilidad interna y externa.....	16
2.1. Criterios últimos de aplicabilidad .....	22
2.2. Aplicabilidad interna e interpretación .....	27
3. El fundamento de validez de la decisión judicial .....	30

SOBRE EL PAPEL DE LOS VALORES EN LA APLI- CACIÓN DEL DERECHO ( <i>Daniel González Lagier</i> ) .....	41
I.- Comanducci y la aplicación del Derecho .....	41
II.-Una concepción alternativa .....	47
A) Algunas cuestiones sobre la justificación de la premisa normativa.....	48
B) La justificación de la premisa fáctica .....	61
III.-Conclusiones .....	80
CONSTITUCIONALIZACIÓN Y NEOCONSTITUCIONA- LISMO ( <i>Paolo Comanducci</i> ) .....	85
1. Constitucionalización .....	85
2. Neoconstitucionalismo teórico, ideológico y me- todológico .....	87
2.1. Neoconstitucionalismo teórico .....	90
2.2. Neoconstitucionalismo ideológico .....	95

2.3. Neoconstitucionalismo metodológico .....	98
3. Algunas consideraciones críticas .....	99
3.1. Neoconstitucionalismo teórico .....	100
3.2. Neoconstitucionalismo ideológico .....	107
3.3. Neoconstitucionalismo metodológico .....	112
NEOCONSTITUCIONALISMO Y CONSTITUCIONALISMO	
<i>(M<sup>a</sup> Ángeles Ahumada)</i> .....	
1. “Neoconstitucionalismo” .....	123
2. Neoconstitucionalismo y constitucionalismo .....	137
2.1. Neoconstitucionalismo teórico y derecho constitucional .....	138
2.2. Neoconstitucionalismo ideológico y constitucionalismo democrático ...	146
2.3. Neoconstitucionalismo metodológico y la búsqueda del fundamento de la supremacía de la	

constitución. ¿Es iusnaturalista el constitucionalismo?..... 155

# ALGUNOS PROBLEMAS CONCEPTUALES RELATIVOS A LA APLICACIÓN DEL DERECHO\*

*Paolo COMANDUCCI*

## 1. Justificación práctica

Desde un punto de vista teórico, la motivación judicial se configura generalmente como una especie perteneciente al género de la justificación práctica. No puedo detenerme aquí en los presupuestos de esta definición (por ejemplo, y sobre todo, en la *is-ought question*)<sup>1</sup>; me limitaré a explicar breve y esquemáticamente lo que se entiende por “justificación práctica”.

Una justificación puede definirse como un procedimiento argumentativo mediante el cual

---

\* He presentado versiones precedentes de este trabajo en varios congresos y seminarios. Agradezco a todos aquéllos que han sometido a discusión mi trabajo, y me han ayudado con sus críticas. Debo un particular agradecimiento a Bruno Celano, aun cuando, probablemente equivocándome, no he recogido siempre sus sugerencias. Traducción del italiano de Carlos Soriano Cienfuegos.

<sup>1</sup> Véase al respecto: B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Turín, Giappichelli, 1994.

se ofrecen razones a favor de una conclusión. Si la conclusión es un enunciado descriptivo o teórico, la justificación tiene naturaleza teórica, y ofrece razones para afirmar que la conclusión es verdadera (o probable). Las razones que justifican una conclusión descriptiva son, a su vez, enunciados descriptivos (proposiciones).

Si la conclusión es, en cambio, un enunciado prescriptivo o valorativo (que prescribe el cumplimiento de una acción o valora una acción o situación), la justificación tiene naturaleza práctica, y ofrece razones para afirmar que la conclusión es justa (o buena, o correcta, o válida). Las razones (al menos algunas, necesariamente) que justifican una conclusión prescriptiva o valorativa son, a su vez, enunciados prescriptivos o valorativos (normas o valoraciones).

De acuerdo con esta esquemática definición, la motivación judicial, dado que ofrece razones a favor de una conclusión que está constituida por una norma (expresada por la decisión final del juez), pertenece, en última instancia, a la categoría de las decisiones prácticas. Ello aun cuando dentro de la motivación pueden haber pasos justificantes teóricos, dado que algunos de los elementos de la motivación sustancial son enunciados descriptivos que deben, a su vez, justificarse.

Puesto que el objeto de análisis es la motivación judicial, o cualquier otro tipo de justificación práctica, es oportuno distinguir —de acuerdo con una óptica positivista, que presuponga la “gran división” entre ser y deber ser— entre dos cuestiones radicalmente diversas: la cuestión empírica de cómo se justifica y la cuestión normativa de cómo se debe justificar. A la cuestión empírica suelen responder los estudios descriptivos y los estudios teóricos con pretensiones de explicación. A la cuestión normativa suelen responder los estudios prescriptivos y los estudios teóricos que presentan modelos ideales de la motivación judicial.

El positivismo jurídico normativista ha afirmado tradicionalmente<sup>2</sup> que condición

---

<sup>2</sup> Cfr., por ejemplo: C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Los límites de la lógica en el razonamiento jurídico* (1939), ahora en C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 303-28; M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Torino. Giappichelli, 1999, cap. 1 y 2; L. Gianformaggio, *In difesa del sillogismo pratico ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Milán, Giuffrè, 1987; U. Scarpelli, “Gli orizzonti della giustificazione”, en L. Gianformaggio, E. Lecaldano (comp.), *Etica e diritto*, Bari. Laterza, 1986, págs. 3-41; J. Wróblewski, “Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche”, *ibidem*, págs. 203-26.

necesaria (si bien no necesariamente suficiente) de una justificación “correcta” es que la conclusión pueda derivarse deductivamente a partir de las razones presentadas a su favor. Tales razones son normas o valoraciones. Si limitamos nuestro discurso a las normas, podemos decir que: a) una norma  $N_1$  justifica una norma  $N_2$  si  $N_2$  puede derivarse “estáticamente” del contenido de  $N_1$  (que es más general y/o abstracta);<sup>3</sup> o bien b) una norma  $N_1$  justifica una norma  $N_2$  si  $N_2$  puede derivarse “dinámicamente” de  $N_1$  (no del contenido de  $N_1$ , norma que es posible reconstruir como norma de competencia), mediante una razón auxiliar, o sea, una proposición que hace referencia a un acto que constituye el ejercicio de la competencia atribuida por  $N_1$ .<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Por ejemplo, del contenido de la norma “Todos los hurtos deben ser castigados con dos años de prisión”, se deriva estáticamente, o sea, deductivamente, la norma según la cual “El hurto X debe ser castigado con dos años de prisión”.

<sup>4</sup> Por ejemplo, de la norma “Debes obedecer las órdenes de tu padre” puede derivarse dinámicamente la norma “Debes ir a la escuela”, por medio de la razón auxiliar constituida por la proposición “Tu padre te ha ordenado ir a la escuela”. Cfr. B. Celano, *La teoría del diritto di Kelsen. Una introduzione critica*, Bolonia, II Mulino, 1999, págs. 292 ss.; E. Diciotti, *op. cit.*, págs. 66 y 122 ss.; O. Weinberger, “The Theory of Legal Dynamics Reconsidered”, en *Ratio Juris*, 4, 1991, págs. 18-35 (*sed contra* T. Mazzaresse, “Normological Scepticism and Legal Dynamics. Weinberger and Kelsen

En otras palabras, todas las justificaciones prácticas serían de tipo deontológico (por vía de la universalización): entre las premisas de una justificación práctica debe haber una norma en la que pueda subsumirse la conclusión.

Incluso las justificaciones “consecuencialistas” podrían ser reducidas quizás a justificaciones deontológicas. El consecuencialismo afirma, por ejemplo, que el juicio “Debe hacerse la acción X” está justificado si la acción X tiene consecuencias buenas. Me parece que este tipo de justificación puede reconstruirse como (y por tanto reducirse a) una justificación deontológica de tipo estático: el juicio “Debe hacerse la acción X” está justificado por la norma más universal, según la cual “Deben hacerse las acciones que tienen consecuencias buenas”, más la proposición según la cual “X es una acción que tiene consecuencias buenas”.

También el particularismo podría quizás aceptar, como condición necesaria de una justificación práctica, la posibilidad de derivar lógicamente la conclusión. La norma

---

Confronted”, en A. Aarnio, S. L. Paulson, O. Weinberger, C. H. von Wright, D. Wyduckel (Hrsg.), *Rechtsnorm und Rechtswinklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*. Berlin, Duncker & Humblot, 1993, págs. 155-69).

justificante podría aquí formularse más o menos en estos términos: “Deben hacerse las acciones que son correctas *all things considered*, o sea, las acciones que resultan correctas después de haber realizado la ponderación de todas las razones relevantes a favor o en contra del deber de hacer aquellas acciones”.

## 2. Aplicabilidad interna y externa

Volviendo ahora a la motivación judicial como caso de justificación práctica, podemos decir que para el positivismo jurídico normativista es condición necesaria de una motivación correcta, que se trate de una justificación deductiva. Sin embargo, aquí es necesario hacerse una segunda y más relevante pregunta. Si es una norma la que debe fundamentar la decisión judicial, ¿qué tipo de norma debe ser? En efecto, es una opinión compartida que no cualquier norma puede fundamentar una decisión judicial, aun en el caso en el que la decisión pueda derivarse de aquella norma. La posibilidad de deducir la conclusión a partir de una norma es, por tanto, generalmente considerada como condición necesaria, pero no suficiente, de la justificación de la decisión judicial (como de cualquier otra conclusión práctica).

Las dos principales respuestas a esta pregunta son: o que la decisión judicial está jurídicamente justificada, en última instancia, por una norma moral (tesis de la unidad del razonamiento práctico), o bien que está justificada por una norma jurídica válida (tesis de la autonomía del razonamiento jurídico). Me centraré en la segunda respuesta, dado que he analizado y criticado en otro lugar la primera.<sup>5</sup>

Esta segunda respuesta es típica del positivismo jurídico normativista (de Beccaria en adelante): una decisión judicial está justificada si deriva de una norma jurídica válida, y de la descripción de una conducta concreta (subsumible bajo el tipo abstracto previsto por la norma).

Pero, ¿qué significa aquí “válida”? ¿Y la derivación de la decisión a partir de una norma jurídica válida es, además de necesaria, una condición suficiente de la justificación de la decisión?

A la primera pregunta, muchos positivistas han respondido diciendo que la norma jurídica que justifica la decisión del juez, es válida

---

<sup>5</sup> Cfr. P. Comanducci, “Las conexiones entre el Derecho y la moral”, en *Derechos y libertades*, 8, 12, 2003, págs. 15-26.

en el sentido de perteneciente al sistema jurídico en el momento en el que el juez toma su decisión. Bulygin ha demostrado<sup>6</sup> que esta respuesta no es satisfactoria. La pertenencia al sistema jurídico (sincrónico) del momento de la decisión, así como la pertenencia al ordenamiento jurídico (diacrónico), no son condiciones ni necesarias ni suficientes para que una norma justifique la decisión. Para Bulygin y otros iuspositivistas normativistas, la norma que justifica la decisión debe ser “válida” en el sentido de ser “aplicable al caso”.<sup>7</sup> Para que la decisión del juez esté justificada, es necesario, entonces, que la norma jurídica utilizada por el juez sea aplicable, que es tanto como decir que sea obligatorio (o vinculante) para el juez aplicarla, y esto acontece si y sólo si existe otra norma jurídica que impone la obligación de aplicarla.

---

<sup>6</sup> Cfr. E. Bulygin. *Tiempo y validez* (1982), ahora en C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*. cit, págs. 195-214.

<sup>7</sup> Hay, por tanto, según Bulygin, normas jurídicas pertenecientes al sistema jurídico sincrónico del momento de la decisión, y no aplicables al caso (por ejemplo, las normas en *vacatio legis*), y normas jurídicas aplicables al caso y no pertenecientes al sistema jurídico del momento de la decisión (por ejemplo, las normas de derecho internacional privado).

Moreso y Navarro<sup>8</sup> han desarrollado esta tesis de Bulygin, distinguiendo entre aplicabilidad interna y externa de una norma. Una norma es internamente aplicable si regula el caso al cual se aplica, mientras que es externamente aplicable si existe otra norma jurídica que obliga al juez a aplicarla. Varios autores<sup>9</sup> han subrayado, además, la conveniencia de distinguir dos sentidos de “decisión judicial”: como acto de decidir, y como resultado de la decisión del juez (o sea, como contenido normativo expresado por la decisión).

---

<sup>8</sup> Cfr. P. E. Navarro, J. J. Moreso, “Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche”, en P. Comanducci, R. Guastini (comp.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*. Torino, Giappichelli, 1996, págs. 15-35 (con alguna modificación: P. E. Navarro, J. J. Moreso, “Applicability and Effectiveness of Legal Norms”, en *Law and Philosophy*, 16. 1997, págs. 201-219). Un desarrollo ulterior en P. E. Navarro. C. Orunesu, J. L. Rodríguez, G. Súcar, “La aplicabilidad de las normas jurídicas”, en P. Comanducci, R. Guastini (comp.), *Inalisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino. Giappichelli. 2001, págs. 133-152.

<sup>9</sup> Cfr. E. Bulygin, “Cognition and Interpretation of Law”, en L. Gianformaggio, S. L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, Giappichelli, 1995, págs. 11-35, en la pág. 25; R. Caracciolo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pág. 74; R. Sánchez Brígido, H. O. Seleme, “Justificación sin verdad”, en P. Comanducci, R. Guastini (comp.), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2002, págs. 285-294.

El problema de la individualización de la norma que justifica la decisión judicial puede subdividirse, por tanto, en dos problemas distintos:

- 1) ¿Cuál es la norma “válida”, o sea, aplicable, que justifica el acto de decidir? La respuesta del positivismo jurídico normativista es que se trata de una norma externamente aplicable, o sea, de la norma que el juez tiene obligación de aplicar basándose en otra norma jurídica.
- 2) ¿Cuál es la norma “válida”, o sea, aplicable, que justifica el resultado de la decisión, o sea, la norma individual expresada por la sentencia? La respuesta del positivismo jurídico normativista es que se trata de una norma internamente aplicable, esto es, que regula el caso objeto de la decisión.

Si aplicamos estas respuestas al caso presentado algunas veces por Bulygin,<sup>10</sup> relativo a la condena de Dimitri Karamazov, inocente respecto de la acusación de homicidio formulada contra él, pero “culpable” de acuerdo

---

<sup>10</sup> Cf. E. Bulygin, “Cognition and Interpretation of Law”, op. cit., págs. 22-24.

con las pruebas presentadas en el proceso, habremos de decir que:

- a) La decisión de la condena de Dimitri está justificada, como acto, sobre la base de una norma externamente aplicable al caso: se trata de la norma procesal que obliga al juez a condenar a aquél que se ha *probado* que es culpable.
- b) La decisión de la condena no está justificada, como resultado, ya que la norma individual expresada por la sentencia no está justificada por la norma sustantiva del homicidio, porque tal norma no resulta internamente aplicable, ya que Dimitri no ha asesinado a su padre.

En otras palabras, el juez debe condenar a Dimitri, pero el resultado de su decisión, o sea, la norma individual de la condena, no está justificado.

La posición del positivismo jurídico normativista respecto del problema podría, consecuentemente, reformularse de esta manera:

- a) La aplicabilidad externa de una norma jurídica a un caso es condición necesaria de la justificación de la decisión-actividad del juez, o sea, del acto de decidir.

b) La aplicabilidad interna de una norma jurídica a un caso es condición necesaria de la justificación de la decisión—resultado del juez, o sea de la norma expresada por la decisión.

Por lo tanto:

c) Una decisión judicial (acto y resultado) está justificada plenamente si el juez ha aplicado al caso una norma que resulte interna y externamente aplicable.

Estas tesis me parecen interesantes —porque dan cuenta de los consabidos “erros judiciales”: el juez ha decidido correctamente de acuerdo con las normas procesales, pero el resultado de su decisión no está justificado, porque el imputado es inocente—, pero creo que presentan algunos problemas.<sup>11</sup>

## 2.1. Criterios últimos de aplicabilidad

En primer lugar, respecto de la tesis sub a), es necesario preguntarse sobre qué base debería aplicarse la norma  $N_2$  (en el ejemplo precedente: la norma sobre la prueba) que

---

<sup>11</sup> Un análisis diferente de algunos de estos problemas se encuentra en R Sánchez Brígido, H. O. Seleme, “Justificación sin verdad”, cit., especialmente págs. 291 y ss.

obliga al juez a aplicar  $N_1$  al caso (en el ejemplo precedente: la norma sobre el homicidio). La respuesta es que o existe una norma  $N_3$  que obliga a aplicar  $N_2$ ,<sup>12</sup> o bien  $N_2$  no es, a su vez, aplicable (ni no-aplicable). La cadena de aplicabilidad puede tener varios eslabones, pero al final llegaremos necesariamente a una norma  $N_n$  que no es aplicable, dado que no existe ninguna otra norma que imponga su aplicación. Esta norma  $N_n$  es una norma última que determina los criterios últimos de aplicabilidad (que, según Bulygin, pertenecen, o deben pertenecer, al sistema jurídico sincrónico del momento de la decisión).<sup>13</sup>

Si asumimos el punto de vista del análisis del razonamiento desarrollado por un juez para justificar su decisión, y si las normas que establecen los criterios últimos no son ni aplicables ni no-aplicables, o sea, si el juez no tiene la obligación de aplicarlas: entonces el juez tendrá el poder de hecho (según una perspectiva realista), o la autorización tácita (según una perspectiva kelseniana), o la permisón débil de *no* aplicarlas, y por tanto de individualizar normas que establezcan criterios de aplicabilidad diversos de aquéllos que

---

<sup>12</sup> O que obliga a usar criterios para individualizar  $N_2$  como norma aplicable.

<sup>13</sup> Cfr. E. Bulygin, *Tiempo e validez*, op. cit., pág. 202.

están individualizados por las normas que establecen los criterios últimos. Esto implica que habrá tantas cadenas de aplicabilidad como normas últimas usadas por los jueces. Entonces, si las elecciones de los jueces varían, para cada tipo de caso habrá varias normas aplicables. Desde este punto de vista, el de la actividad de justificación por parte del juez, me parece que no existe algo así como la aplicabilidad de una norma, o sea, la obligación de aplicarla.

Sin embargo, desde el punto de vista del resultado de la actividad de justificación del juez, podría afirmarse que sigue en pie la tesis de acuerdo con la cual una decisión (entendida como acto de decidir) está justificada si está fundamentada en una norma  $N_1$  aplicable, es decir, si tal norma  $N_1$  debe ser aplicada basándose en otra norma existente  $N_2$ , que a su vez, no debe ser necesariamente aplicable. Pero esta propuesta implica un problema: si  $N_2$  fuera inaplicable, de acuerdo con otra norma  $N_3$  que prohíbe su aplicación, deberíamos, sin embargo, decir que la decisión del juez está justificada en última instancia sobre la base de la norma (inaplicable, aun cuando existente)  $N_2$ . Y esto no sólo sería contrario al sentido común de los juristas, sino que no parece ni siquiera ser una reconstrucción aceptable de la práctica jurídica.<sup>14</sup>

Para resolver este problema creo que se necesitaría cambiar la definición de norma externamente aplicable, diciendo que una norma  $N_1$  es externamente aplicable si y sólo si la obligación de aplicarla deriva, directa o indirectamente, de las normas últimas del sistema jurídico del momento de la decisión. Estas normas últimas, consecuentemente, deben aplicarse siempre para que una decisión judicial esté justificada. Son, por tanto, aplicables, y no ni aplicables ni no-aplicables, como resultaba de la definición precedente de aplicabilidad.<sup>15</sup>

Me parece que aquí nos encontramos frente por lo menos a dos alternativas: o, en una perspectiva realista (que es aquélla que prefiero), se debe abandonar la idea de aplicabilidad externa (como obligación de aplicar una norma), *qua* condición necesaria de justificación de la decisión judicial como acto; o bien, se debe encontrar un modo de fundamentar la aplicabilidad de las normas últimas del sistema jurídico actual, que deter-

---

<sup>14</sup> Cfr. en sentido análogo y con mayor profundidad, P. E. Navarro, C. Orunesu, J. L. Rodríguez, G. Sucar. "La aplicabilidad de las normas jurídicas", op. cit., págs. 143-145.

<sup>15</sup> En sentido completamente contrario se pronuncian P. E. Navarro, C. Orunesu, J. L. Rodríguez, G. Sucar, op. cit., págs. 149 ss.

minan los criterios de aplicabilidad de las otras normas del ordenamiento jurídico.

Como es sabido, hay dos grandes intentos para fundamentar la aplicabilidad (o la validez) de las normas últimas.

- 1) El intento de Hart (en una posible interpretación de su pensamiento):<sup>16</sup> las normas últimas son producto de una práctica social, y específicamente de una “costumbre” judicial. Aunque el conjunto de los jueces no tiene la obligación preventiva de aplicar las normas últimas, cada juez individualmente tiene (o cree tener) la obligación de aplicarlas. Las normas últimas no serían otra cosa que la regla de reconocimiento de la aplicabilidad de las normas jurídicas.
  
- 2) El intento de Kelsen (en una posible interpretación de su pensamiento):<sup>17</sup> si

---

<sup>16</sup> Cfr. M. C. Redondo, “El carácter práctico de los deberes jurídicos”, en *Doxa*, 21. II, 1998, págs. 355-70, en las págs. 360-61.

<sup>17</sup> Cfr. B. Celano. *La teoria del diritto di Kelsen*, op. cit. Para poder entender a Kelsen de esta manera, Celano propone configurar el concepto kelseniano de validez como *disquotation*, (págs. 258 y ss). La pertenencia de una norma a un sistema jurídico equivale a su obligatoriedad, las normas están dirigidas a los jueces, y les autorizan a sancionar los comportamientos ilícitos. Los

queremos pensar que los jueces tienen la obligación de justificar sus decisiones sobre la base de normas externamente aplicables, debemos proponer como hipótesis la aplicabilidad externa de las normas últimas, o sea, debemos suponer la norma fundamental. La aplicabilidad externa (en términos de Kelsen, la validez) de la norma fundamental está presupuesta.

Ambos intentos presentan, como es sabido, dificultades, pero no me detendré a discutir las en este trabajo.

## 2.2. Aplicabilidad interna e interpretación

Hasta ahora hemos hablado de “normas aplicables”, problematizando la noción de aplicabilidad externa. Pero debemos también problematizar la noción de norma, distinguiendo entre formulación normativa (disposición) y norma (significado de la disposi-

---

jueces tienen la obligación de hacerlo basándose en otra norma que los somete a una sanción si no obedecen la primera. No todas las normas válidas están respaldadas por una sanción, pero todas tienen como contenido propio la imposición de una sanción. Si queremos entender el derecho como un conjunto de normas válidas-pertene-cientes-obligatorias, debemos presuponer la existencia de la norma fundamental.

ción): ello influye, no sólo sobre la noción de aplicabilidad externa, sino también sobre la noción de aplicabilidad interna, haciéndola, a su vez, problemática. Lo que se ha dicho hasta ahora tiene sentido si usamos “norma” como significado ya atribuido por el juez a una formulación normativa, o bien como formulación con “su” significado incorporado. La norma interna y/o externamente aplicable es producto de la interpretación de una o varias formulaciones normativas. El juez atribuye significado a la formulación normativa usando un criterio interpretativo (por ejemplo, el criterio literal, teleológico, de la voluntad del legislador, sistemático, etc.). Pero generalmente el uso de otro criterio interpretativo implicaría una diversa atribución de significado:<sup>18</sup> diversa sería, por tanto, la norma aplicable.<sup>19</sup> Ni el derecho ni la cultura jurídica, suelen ofrecer metacriterios para elegir entre los criterios interpretativos (o los argumentos retóricos a favor de una cierta interpretación): en otras palabras, el derecho y la

---

<sup>18</sup> Cfr. E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, op. cit., págs. 512 y ss.

<sup>19</sup> Por otra parte, el juez justifica su interpretación presentando argumentos a su favor (por ejemplo, argumento literal, teleológico, de la voluntad del legislador, sistemático, etc.). Pero generalmente no justifica la elección de un argumento en lugar de otro: y frecuentemente el uso de otro argumento justificaría una diversa interpretación.

cultura jurídica no proveen metacriterios para decidir ni sobre la aplicabilidad *interna*, o sea para elegir la norma que regula el caso, ni sobre la aplicabilidad *externa*, o sea para elegir la norma que el juez debe aplicar de acuerdo con otra norma que impone tal obligación.

Consecuentemente, lo que el juez elige en su razonamiento, y después presenta como la norma aplicable al caso, y que justifica interna y externamente su decisión, es *también* producto de su discrecionalidad (además de depender, parcialmente, de la existencia de la formulación normativa, de las reglas sintácticas y semánticas del lenguaje natural, de las convenciones y de las reglas propias del lenguaje técnico-jurídico, de los criterios y de los argumentos preferidos por la cultura jurídica a la que pertenece el juez, etc.).

Así, puede decirse que las normas aplicadas por el juez son aplicables sólo en un sentido muy débil: son elegidas y después presentadas como las normas que regulan el caso y que debían ser aplicadas por el juez, el cual, en la motivación, desarrolla una argumentación a favor de su aplicabilidad. Yo diría que las normas aplicadas pueden ser definidas como “aplicables” sólo desde un hartiano punto de vista *interno* del juez, y de aquéllos que comparten sus elecciones. Desde

un punto de vista *externo*, teórico, sólo puede decirse cuáles son las normas aplicadas de hecho, y cuáles son aquéllas que podrían serlo, en un contexto dado, por parte de los jueces, y no en cambio cuáles son las normas aplicables.

### 3. El fundamento de validez de la decisión judicial

Otro problema, vinculado con el precedente, con el que debe entenderse el positivismo jurídico normativista, es el siguiente. El positivismo afirma que la decisión justificada del juez expresa una norma válida, o sea, obligatoria (para los órganos de ejecución) y/o perteneciente al sistema jurídico (según las diferentes teorías de validez de las normas jurídicas). Adora bien, podemos preguntarnos: ¿en qué se fundamenta la validez de la norma individual del juez?

Decía antes que para el positivismo jurídico normativista, el contenido de una decisión judicial está justificado si deriva de una norma internamente aplicable. La validez de la norma individual del juez se fundamentaría, entonces, en la norma internamente aplicable al caso. Esta es, al menos, la respuesta de aquellos positivistas clásicos que conciben el silogismo judicial como forma de reconstruir

la justificación de las decisiones judiciales: en este silogismo decisional, la premisa mayor del razonamiento del juez estaría constituida por la norma internamente aplicable al caso, la premisa menor estaría constituida por la descripción del supuesto de hecho, en la cual se afirma que el caso individual es una instancia del caso genérico regulado por la norma aplicable, y la conclusión estaría constituida por la norma individual que aplica las consecuencias jurídicas establecidas por la norma internamente aplicable al caso individual.

En palabras de Amedeo G. Conte,<sup>20</sup> podríamos decir que la validez deóntica de la norma individual depende de la validez dianoética de la inferencia, por medio de la cual se deriva el contenido de la norma individual a partir del contenido de la norma aplicable. En términos de Ricardo Caracciolo,<sup>21</sup> aquí la validez de la norma individual estaría determinada por el “criterio de deducibilidad”. De acuerdo con Kelsen, en una de sus posibles interpretaciones, aquí

---

<sup>20</sup> A. G. Conte. “Deontico vs. dianoetico”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 16. 2, 1986, págs. 489-494.

<sup>21</sup> R. Caracciolo, “Justificación normativa y pertenencia. Modelos de la decisión judicial”, en *Análisis filosófico*, VIII, I, 1988, págs. 37-67.

podríamos hablar de derivación estática de la validez de la norma individual.<sup>22</sup>

De cualquier forma, según esta primera respuesta, la validez dianoética (o el criterio de deducibilidad, o la derivación estática) serían condiciones necesarias y suficientes de la validez deóntica (de la obligatoriedad o pertenencia) de la norma individual dictada por el juez.

Sin embargo, existen dentro del positivismo jurídico normativista, por lo menos otras dos respuestas<sup>23</sup> a la pregunta: ¿en qué se fundamenta la validez de la norma individual del juez?

La segunda respuesta es que la validez de la norma individual se fundamenta en la norma de competencia que atribuye al juez el poder normativo para decidir el caso, o, desde otra perspectiva, que obliga a obedecer las

---

<sup>22</sup> Cfr. B. Celano, *La teoria del diritto di Kelsen*, op. cit., pág. 302.

<sup>23</sup> En realidad, las respuestas son cuatro: existe, de hecho, la posibilidad de que el criterio de deducibilidad y aquel de legalidad sean ambos condiciones suficientes de la validez de la decisión. Esta respuesta (como ha demostrado R. Caracciolo, *Justificación normativa o pertenencia*, op. cit.) implica resultados paradójicos, y, en aras de la brevedad, no la tomaré en consideración.

decisiones tomadas por los jueces competentes.<sup>24</sup>

Aquí, la validez de la norma individual depende, en términos de Caracciolo, del criterio de legalidad, o, en términos de Kelsen, de la derivación dinámica.<sup>25</sup> En este caso, la validez dianoética, o el criterio de deducibilidad, o la derivación estática, no son

---

<sup>24</sup> De hecho, se puede sostener que la norma de comportamiento que impone la obligación de aplicar otra norma, presupone la existencia de una norma de competencia (o de una definición, o de una regla conceptual) que instituye el órgano “juez” y le atribuye el poder de aplicar normas generales válidas, produciendo así normas individuales válidas. Otra manera de configurar teóricamente la cuestión, es aquella que afirma que una norma de comportamiento, que impone la obligación de obedecer (o de aplicar) las normas producidas por un órgano, es la otra cara de la moneda de una norma de competencia que atribuye a aquel órgano un poder normativo: Cfr. A. Ross, *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958, pág. 32.

<sup>25</sup> Podría reconstruirse, también en este caso —como, entre otros, lo ha demostrado E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, op. cit., págs. 122 y ss.—, la derivación de la validez de la norma individual en forma silogística. La premisa mayor estaría constituida por una norma de competencia del tipo “Si un juez competente resuelve un caso dictando la decisión D, entonces D es válida (obligatoria)”. La premisa menor estaría constituida por la descripción de un hecho (“El juez competente ha dictado la decisión D<sub>1</sub>”). La conclusión sería por tanto “La decisión D<sub>1</sub> es válida (obligatoria)”, o sea, por ejemplo, a través de la *disquotation*, “Fulano debe ser castigado con 5 años de prisión”.

ni condiciones necesarias ni condiciones suficientes de la validez deóntica de la norma individual, la que sólo dependería del hecho de que el juez haya dictado la decisión sobre la base de una norma que le atribuía aquella competencia.

La tercera respuesta es que la validez de la norma individual se fundamenta en la norma internamente aplicable al caso y en la norma de competencia que atribuye al juez el poder normativo para decidir el caso.

Aquí, la validez de la norma individual depende de la conjunción del criterio de deducibilidad y del de legalidad, o, en otras palabras, de la conjunción de la derivación estática y la dinámica. Ambos criterios serían condiciones necesarias de la validez de la norma individual, pero ninguno de los dos sería condición suficiente de ella. En conjunto, serían condiciones necesarias y suficientes de la validez de la norma individual.

Podemos entonces preguntarnos: ¿cuál es, de las tres, la respuesta que reconstruye mejor el funcionamiento de los sistemas jurídicos actuales? Yo diría que la primera respuesta no resulta hoy aceptable.<sup>26</sup> La simple derivación

---

<sup>26</sup> Cfr. en este sentido R. Caracciolo, *Justificación normativa y pertenencia*, op. cit.; A. G Conte, “Deontico vs. dianoético”, op. cit.

estática de una conclusión lógica a partir del contenido de una norma válida no atribuye validez (obligatoriedad o pertenencia) a la norma derivada: la validez de la inferencia no tiene que ver con la validez (obligatoriedad o pertenencia) de la norma derivada, a menos que sea un juez competente, en ejercicio de sus funciones, quien la derive como contenido de una decisión suya.

La segunda respuesta me parece que reconstruye mejor que la primera la realidad de los sistemas jurídicos actuales. Una decisión judicial es válida (obligatoria o perteneciente) sólo porque la ha dictado un juez competente, independientemente de su contenido. Aquélla puede impugnarse, por ejemplo, afirmando que su contenido no es conforme a derecho, pero hasta que sea anulada, continúa siendo obligatoria. El criterio de deducibilidad parecería no jugar ningún papel en la fundamentación de la validez de la norma individual del juez.

Sin embargo la tercera respuesta es la que parece reconstruir mejor la realidad de los sistemas jurídicos contemporáneos. Aquí, el criterio de deducibilidad no puede ser tomado como condición suficiente para fundamentar la validez de la norma expresada por la decisión judicial (de lo contrario, la tercera res-

puesta colapsaría con la primera), pero podría serlo el criterio de legalidad, de acuerdo con una interpretación “estricta”. La norma expresada por la decisión judicial sería válida si ha sido dictada por un juez competente, pero el juez sería competente *sólo* para dictar decisiones cuyo contenido sea consecuencia lógica de una norma jurídica válida (y así también el criterio de deducibilidad quedaría satisfecho: éste constituiría una condición “contribuyente”<sup>27</sup> o sea una condición necesaria de una condición suficiente).

Desarrollando algunas interesantes ideas de Caracciolo, podemos observar que, ya que en los sistemas jurídicos contemporáneos el juez tiene siempre la obligación de resolver los casos dictando una decisión (esto es, está prohibido el *non liquet*), el juez se encontraría frente a un dilema pragmático en un situación en la que no haya consecuencias lógicas para el caso que debe decidir:<sup>28</sup> por un lado, tendría la obligación genérica de decidir (ya que se lo

---

<sup>27</sup> Cfr. C. E. Alchourrón y E. Bulygin, “Norma giuridica”, en P. Comanducci y R. Guastini (comp.), *Analisi e diritto 1996. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 1996, págs. 1-16, en la pág. 14; G. H. von Wright, *A Treatise on Induction and Probability*, Paterson, New Jersey; Littlefield, Adams & Co., 1960. págs. 66-77.

<sup>28</sup> Cfr. R. Caracciolo. *Justificación normativa y pertenencia*, op. cit., pág. 57.

impone la prohibición de *non liquet*), y por otro, tendría la prohibición específica de decidir el caso (e sea, la obligación de omitir decidirlo), pues no hay una norma lógicamente derivable de una norma del sistema, que pueda constituir el contenido de su decisión (hay una laguna normativa en el sistema).

Pero esta dificultad de la tercera respuesta desaparece si concebimos los sistemas jurídicos como conjuntos, ciertamente incompletos, pero susceptibles de ser completados por parte del juez. La imposición legislativa al juez de decidir todos los casos que le son sometidos, si bien no presupone la plenitud del sistema jurídico, sí presupone, sin embargo, una específica capacidad suya para ser completado, por medio de la interpretación judicial.

Retomando la distinción entre formulaciones normativas y normas, el criterio de deducibilidad quedaría siempre satisfecho, dado que cada vez que el juez competente aplica una formulación normativa para decidir un caso, implícita o explícitamente, interpreta esta formulación como si expresara una norma que regula el caso, y a partir de la cual, por tanto, puede derivarse la norma individual que es el contenido de su decisión.

Sin embargo, es necesario observar que, reformulada de esta manera, la tercera respuesta convertiría en trivial el criterio de deducibilidad para fundamentar la validez del contenido de la decisión judicial. En efecto, se sigue de la definición estándar de aplicación de una norma a un caso<sup>29</sup> (que consiste justamente en la subsunción del caso individual bajo el caso genérico regulado por la norma, con la finalidad de atribuir las consecuencias jurídicas del caso genérico al caso individual), y de las normas de competencia que definen al juez como aquél que aplica el derecho a los casos particulares, que cada vez que un juez aplica una norma, el contenido de su decisión es (presentado como) consecuencia lógica de la norma internamente aplicable.

Cada vez que estamos frente a una aplicación judicial del derecho, deberíamos concluir que la formulación normativa citada por el juez como fundamento del contenido de su decisión, expresa una norma bajo la cual puede subsumirse el contenido de la decisión. En otras palabras, a partir del contenido de la decisión del juez siempre es posible reconstruir una norma que fundamente su decisión (esto es, a partir de la cual la decisión pueda

---

<sup>29</sup> Cfr. J. Wroblewski, *The Judicial Application of Law*, edited by Z. Bankowski, N. MacCormick, Dordrecht/Boston/London, Kluwer, 1992.

derivarse), que sería el significado que el juez ha atribuido a la formulación normativa citada en la sentencia. Incluso si en su motivación el juez hubiera atribuido a la formulación un significado diferente, del cual no deriva lógicamente el contenido de la decisión (caso raro, pero posible), ésta sería irrelevante para el cumplimiento del criterio de deducibilidad: lo único relevante es que él presente, en la parte dispositiva de la sentencia, una formulación normativa como base de su decisión.

Aunque las cosas se presentan de este modo, no creo, sin embargo, que en la tercera respuesta el criterio de deducibilidad no juegue algún papel socialmente relevante: si bien es trivial respecto de la fundamentación de la validez de la decisión judicial, es sin embargo relevante como forma de control de la motivación en derecho del juez, dado que lo construye a justificar la interpretación de la formulación, de modo que ésta exprese una norma que regule el caso.



# SOBRE EL PAPEL DE LOS VALORES EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

(A propósito de «Algunos problemas  
conceptuales relativos a la aplicación del  
Derecho», de Paolo Comanducci)

*Daniel GONZÁLEZ LAGIER*

## I. Comanducci y la aplicación del Derecho

1. Con su habitual elegancia y profundidad, el trabajo de Paolo Comanducci ofrece un análisis preciso y claro de algunas de las dificultades conceptuales que plantea la reconstrucción teórica del proceso de aplicación del Derecho [Comanducci, 2007, págs. 93-108]. Su estrategia consiste en partir de ciertas premisas características del positivismo jurídico normativista, mostrar los problemas conceptuales que plantean, enfrentarlas a las soluciones ofrecidas también dentro del positivismo normativista y tratar de concluir que tales soluciones nos abocan a tesis realistas y escépticas, dos actitudes que cuadran bien con la manera de ver los problemas del Derecho de Comanducci.

Los problemas que Paolo analiza en relación con la aplicación del Derecho surgen cuando se asumen las siguientes tesis:

- 1) La motivación judicial es esencialmente un tipo de justificación práctica, aunque algunos de sus tramos tengan carácter teórico.
- 2) Una justificación práctica, para ser correcta, debe ser tal que la conclusión (lo que se quiere justificar) debe poder derivarse deductivamente de las razones que se aducen en su apoyo. Esto es, debe poder formularse como un argumento deductivo cuya premisa mayor es la norma aplicable y la menor la descripción de los hechos. Se trata de una condición necesaria, aunque no suficiente, de la corrección de la motivación judicial.
- 3) Una determinada decisión judicial no puede ser justificada con cualquier norma: la norma que sirve de premisa mayor del silogismo judicial debe ser, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, una norma jurídica válida, lo que, en la hipótesis que asume Paolo, debe interpretarse como “norma aplicable” (u obligatoria, o vinculante) y no como “perteneciente al sistema”.

- 4) La aplicabilidad de una norma tiene dos dimensiones, externa e interna. Una norma es externamente aplicable (obligatoria o vinculante) si existe una norma superior que obliga al juez a aplicarla; una norma es internamente aplicable cuando regula el caso al cual se aplica.
- 5) La noción de decisión judicial padece un problema de ambigüedad proceso/producto. La aplicabilidad externa justifica el acto de decidir, mientras que la aplicabilidad interna justifica el resultado de la decisión.

Hasta aquí los puntos de partida, a partir de ellos se obtienen las siguientes conclusiones:

- 1) Dado que una norma es externamente aplicable cuando hay otra norma que establece su aplicabilidad, se inicia una cadena normativa que, por razones lógicas, debe concluir en una norma última que no sea a su vez ni aplicable ni no aplicable. Puesto que la norma última no es, a su vez, aplicable, esto es, no existe obligación de aplicarla, “desde el punto de vista —cito textualmente— de la actividad de justificación por parte del juez, me parece que no existe algo así como la aplicabilidad de una norma,

o sea, la obligación de aplicarla” [Comanducci, 2007, pág. 100].

- 2) Si se distingue entre formulación normativa y norma (entendiendo que ésta es el significado de una formulación normativa), dado que es el juez quien realiza la interpretación de las normas, esto es, la asignación de significado a la formulación normativa, y dado que no existen criterios últimos de corrección de una interpretación establecidos por el ordenamiento jurídico, cuál sea la norma internamente aplicable dependerá —entre otras cosas— de la discrecionalidad del juez. Por tanto, “las normas aplicadas por el juez son aplicables [internamente] sólo en un sentido muy débil; son elegidas y después presentadas como las normas que regulan el caso y que debían ser aplicadas por el juez” [Comanducci, 2007, pág. 103].
- 3) La tercera y última conclusión es relativa al fundamento de validez de la decisión judicial. La respuesta que parece más acorde con la práctica jurídica es que la validez de la decisión depende conjuntamente de dos factores: (a) el criterio de deducibilidad, esto es, que la decisión se derive deductivamente de una norma internamente aplicable y (b)

el criterio de legalidad, esto es, que exista una norma que atribuya al juez el poder normativo de decidir el caso. Ahora bien, dado que el juez competente que resuelve un caso toma una formulación normativa y la interpreta siempre de manera que sea aplicable al caso, el criterio de deducibilidad se cumplirá siempre y, por tanto, resulta trivial para establecer la fundamentación de la validez de la decisión judicial. En palabras de Comanducci: “Incluso si en su motivación el juez hubiera atribuido a la formulación un significado diferente, del cual no deriva lógicamente el contenido de la decisión (...), esto sería irrelevante para el cumplimiento del criterio de deducibilidad: lo único relevante es que él presente, en la parte dispositiva de su sentencia, una formulación normativa como base de su decisión” [Comanducci, 2007, pág. 108].

2. La estructura del razonamiento de Paolo recuerda a un argumento por reducción al absurdo: se parte de ciertas premisas y se muestra que llevan a conclusiones que, cuanto menos, son llamativas: que desde el punto de vista del razonamiento judicial no puede hablarse del carácter vinculante de las normas, que cualquier formulación normativa puede ser inter-

pretada por el juez de manera que sea internamente aplicable al caso y que, por tanto, el criterio de deducibilidad no juega ningún papel en la fundamentación de la validez de la decisión judicial. La diferencia es que Paolo no rechaza ni las premisas ni las conclusiones. Sin embargo, en mi opinión estas conclusiones no son admisibles, por lo que, si su derivación a partir de las premisas es correcta, habría que rechazar también las premisas, o al menos asumir que hace falta modificarlas o introducir premisas nuevas. ¿Por qué son inadmisibles estas conclusiones? Porque si fueran correctas, los jueces no se verían vinculados a las normas del legislador. Y si el Derecho no consiguiera imponer su autoridad sobre los jueces y la aplicación que estos hacen del mismo fuera abiertamente discrecional en función de sus propias preferencias, los ciudadanos no tendrían razones para seguir las reglas jurídicas, cuyo cumplimiento (o incumplimiento) no aseguraría la producción de una u otra consecuencia jurídica. Como señala Juan Carlos Bayón, “si el Derecho no es autoritativo para los jueces, no lo es para nadie” [Bayón, 2002, pág. 68]. Mi desacuerdo, entonces, es bastante profundo. No obstante, en lugar de enfrentarme directa-

mente a las conclusiones de Paolo, trataré de presentar una visión alternativa de la aplicación del Derecho, esperando que de esta manera queden claras mis discrepancias. Esta visión alternativa tendrá como objetivo suplir lo que me parece una omisión relevante en el esquema de Paolo: dar cuenta de la relevancia del papel de los valores en la aplicación del Derecho. Trataré de mostrar esta relevancia con dos argumentos en cierta medida paralelos: el primero, del lado de la premisa normativa del silogismo judicial y, el segundo, del lado de la premisa fáctica.

## II. Una concepción alternativa

Que la motivación judicial es un tipo de justificación práctica es algo que me parece obvio y con lo que hay que estar de acuerdo. Igualmente, me parece acertado sostener que para que la justificación de una decisión sea correcta tal decisión debe seguirse deductivamente de la premisa normativa y de la premisa fáctica. Esta última afirmación es cierta, pero casi trivial: cualquier razonamiento, sea teórico o práctico, puede reformularse como un argumento deductivo introduciendo las premisas adecuadas; y esto es un requisito de su racionalidad. El problema, como es sabido, es que el grado de

plausibilidad de la conclusión de un argumento deductivo no es mayor que el grado de plausibilidad de sus premisas. Por ello, la validez deductiva del argumento no es suficiente, sino que sus premisas deben estar también justificadas. En definitiva, que el razonamiento del juez pueda reconstruirse como una deducción es, ciertamente, condición necesaria de su justificación, pero no es la única condición necesaria, ni siquiera la más interesante. Es más bien una condición mínima y casi trivial. El problema central de la justificación de las decisiones de los jueces es otro: el de la corrección de las premisas usadas.

A) Algunas cuestiones sobre la justificación de la premisa normativa.

1. ¿Cuándo está justificada la premisa normativa? ¿Qué criterios debe usar el juez para identificar la norma aplicable? Para tratar de responder a esta pregunta voy a hacer en lo que sigue un amplio uso de la defensa de cierta versión del positivismo jurídico incluyente que hace Ángeles Ródenas en su trabajo “¿Qué queda del positivismo jurídico?” [Ródenas, 2003]. Ródenas cuestiona la tesis, propia del positivismo jurídico *fuerte*, según la cual puede identificarse cuál es el Derecho de una comunidad (o el Derecho aplicable a un caso en una comunidad) sin recurrir a

consideraciones valorativas, es decir, exclusivamente con razones autoritativas (dependientes del pedigrí u origen de las normas). Si el Derecho pudiera identificarse de esta manera, entonces no sería necesario recurrir a las razones subyacentes que justifican la norma para saber si ésta es aplicable o no. Pero un sistema jurídico que operara de esta manera sería irracional, puesto que exigiría una aplicación “ciega” de las normas que pondría en peligro algunos de los valores que el propio ordenamiento jurídico establece como relevantes y dignos de protección. Por el contrario, si se examina el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos desarrollados encontramos una serie de prácticas consistentes precisamente en identificar las normas teniendo en cuenta criterios valorativos.

Ródenas ofrece la siguiente enumeración de supuestos en los que la identificación de la norma aplicable se hace de acuerdo con criterios valorativos [Ródenas, 2003, págs. 420-426]:

a) Un primer grupo de casos está constituido por aquéllos en los que los jueces aplican normas o estándares que no son identificables autoritativamente. Algunas veces estas situaciones están previstas por el legislador. Por ejemplo, el caso de las normas que incluyen conceptos jurídicos indetermi-

dados, como “trato degradante”, “buena fe”, “buen padre de familia”, etc. En estos casos puede pensarse que el legislador remite a las convenciones vigentes en la sociedad para atribuir un significado a la formulación normativa. Otras veces, son nuestras propias prácticas las que autorizan a que se aplique a un caso una norma no prevista inicialmente para el mismo, en atención también a consideraciones valorativas; es lo que ocurre en los casos de interpretación extensiva de una norma o de analogía *legis*.

b) Un segundo grupo de supuestos en el que la identificación de las normas aplicables requiere un razonamiento basado en valores está constituido por los casos en los que se desplaza, en atención a dicho razonamiento, una regla *prima facie* aplicable, o se establece una excepción a la misma. Las normas desplazadas pueden quedar dentro del sistema o ser expulsadas del mismo. Por ejemplo, los llamados ilícitos atípicos (el fraude de ley, el abuso de derecho y la desviación de poder) son supuestos en los que el legislador autoriza a desplazar una norma permisiva inicialmente aplicable. Siguiendo la caracterización de Atienza y Ruiz Manero, los ilícitos atípicos tienen los siguientes elementos en común: (a) La existencia, *prima facie*, de una acción permitida por una regla; (b) la producción de un daño como consecuencia, intencional o no,

de esa acción; (c) el carácter injustificado de ese daño a la luz de ciertos juicios de valor; (d) la generación de una nueva regla, basada en el balance de los valores en juego, que califica como prohibidas las acciones inicialmente permitidas por la regla desplazada [Atienza y Ruiz Manero, 2000]. Otro ejemplo es el de las llamadas causas de justificación del Derecho penal, o la objeción de conciencia, que exceptúan reglas que establecen deberes y exigen del juez un razonamiento con valores (por ejemplo, para establecer si los bienes jurídicos protegidos en juego son o no de igual valor). En el caso de los ilícitos atípicos, de las causas de justificación y de la objeción de conciencia es el legislador el que autoriza el desplazamiento de la norma; pero, otras veces, son nuestras prácticas las que fundamentan el desplazamiento. Es lo que sucede en los casos de interpretación restrictiva de una norma, aceptada como legítima por la jurisprudencia más tradicional. Un último ejemplo de inaplicación —en este caso, con expulsión del sistema— de normas por consideraciones valorativas es, obviamente, el de la declaración de inconstitucionalidad, sea por parte de órganos de jurisdicción constitucional, sea por los tribunales ordinarios, cuando están facultados para ellos.

2. Existen varias estrategias posibles ante el argumento que pone de manifiesto la prác-

tica jurídica de identificar la norma aplicable por medio de un razonamiento basado en valores:

a) Una primera respuesta consiste en aceptar que los jueces, en ocasiones, recurren a sus propias valoraciones morales para establecer la norma aplicable a un caso, pero señalando que cuando lo hacen infringen el Derecho. Esta es la solución adoptada por lo que Bayón ha llamado el positivismo jurídico simple [Bayón, 2002, pág. 60]. Pero esto implica asumir un grado de irracionalidad elevado en el sistema jurídico, al pretender que lo que el Derecho exige es una aplicación estrictamente literal de las normas sin atender a cuál es su interpretación más adecuada de acuerdo con el balance de razones que las justifican; implica también privilegiar una práctica interpretativa —la interpretación literal— negándose a aceptar la existencia de otras convenciones interpretativas (como dice Bayón, la opción por la interpretación literal es sólo una convención interpretativa más. [Bayón, 2002, pág. 63]).

b) Otra respuesta posible es la que asume el positivismo jurídico excluyente de tipo raziano, que entiende que en estos casos el Derecho autoriza al aplicador a usar sus convicciones morales para la resolución del caso. No obstante, si el juez pudiera apartarse de las

razones jurídicas cuando, de acuerdo con sus personales convicciones morales, estuviera justificado, la idea de autoridad del Derecho se vería seriamente puesta en entredicho. Por otra parte, resulta extraña la idea de que el Derecho no tiene pretensión de guiar el razonamiento de los jueces también en estos supuestos, puesto que el ordenamiento jurídico no es indiferente respecto de cuáles son los valores que merecen protección y cuáles son los compromisos adecuados entre ellos. En otras palabras, el Derecho contiene lo que podríamos llamar —por analogía con ciertas expresiones usadas en las concepciones que Comanducci ha llamado positivismo normativista— una tesis axiológica.

c) Una tercera respuesta, propia de cierto tipo de positivismo incluyente, asumiría que, (a) aunque en principio el Derecho exige que la respuesta a los casos se funde en las fuentes del Derecho, habilita también a los jueces a apartarse de ellas en los casos en los que, de acuerdo con lo que consideren un razonamiento moral correcto, tal respuesta no sea adecuada; y (b) esto no implica que se usen criterios extrajurídicos, ya que los valores morales quedan incorporados al Derecho en virtud de una regla de reconocimiento que acepta la identificación del Derecho por su contenido, y no sólo por su *pedigrí*. Sin embargo, esta versión del positivismo jurídi-

co parecer negar la existencia de una tesis axiológica del Derecho o, al menos, la identifica con la moral crítica. No obstante, creo que los juristas no aceptarían que el Derecho autoriza a los jueces a decidir el caso atendiendo a sus propias razones particulares, sino que exige tener en cuenta razones jurídicas.

d) Una cuarta respuesta sería la que propone Ángeles Ródenas. Se trataría, según la autora, de “una forma alternativa de positivismo incluyente que no tropezaría con las dificultades anteriores” [Ródenas, 2003, pág. 428], muy cercano, en mi opinión, a lo que Bayón ha llamado convencionalismo profundo. La idea central de su propuesta es que “en determinados sistemas jurídicos, ciertos estándares valorativos son condición necesaria para la identificación del Derecho y pueden serlo también suficiente, siempre y cuando operen de forma subsidiaria (en ausencia de estándares jurídicos identificables autónomamente)” [Ródenas, 2003, pág. 446]. Tales estándares no son simplemente los que al juez le parece que deben ser en cada caso; esto es, no hay una remisión a la moral autónoma del juez, sino a estándares que no son indiferentes para el Derecho, bien porque son compromisos entre valores expresados por las reglas jurídicas, bien porque pertenecen a nuestras prácticas jurídicas o conven-

ciones sociales. La autora resume su propuesta como sigue:

“1) Salvo prueba en contrario, las reglas (de mandato) operarán en el razonamiento de los aplicadores del Derecho como razones perentorias e independientes del contenido<sup>1</sup>.

2) Corresponde a quien lo alega mostrar que una regla no identificable autoritativamente debe ser aplicada a un caso, o que una regla así identificada no debe ser aplicada (bien porque el caso en cuestión constituye una excepción a la regla, está fuera de su alcance, o porque la regla resulta invalidada).

3) Quien pretenda la aplicación de una regla no identificable, o la inaplicación de una así identificada, deberá realizar un razonamiento tendente a demostrar que, de acuerdo con las convenciones interpretativas vigentes (expresas o tácitas), hay razones suficientes para incorporar una nueva regla al sistema o para apartarse de lo que ellas establecen” [Ródenas, 2003, pág. 448].

---

<sup>1</sup> De acuerdo con la autora, en realidad lo que es una razón perentoria es el compromiso entre valores que la regla expresa, y no el significado abstracto de la formulación normativa.

En esta reconstrucción el Derecho sigue teniendo una fuerza gravitacional sobre las decisiones de los jueces: En primer lugar, existe una presunción a favor de la aplicación de la norma identificada autoritativamente, esto es, a favor del compromiso entre razones realizada por el legislador y su aplicación al caso. Esta presunción implica que la carga de la argumentación se desplaza al juez que pretende extender o reducir el campo de aplicación de la norma. En segundo lugar, las razones para argumentar la extensión o reducción del campo de aplicación de la regla deben ser *razones jurídicas*, esto es, razones basadas en los valores incorporados en el Derecho, en la jerarquía de valores establecida por el legislador o en las convenciones jurídicas. Por tanto, el juez no puede —siempre que halle respuesta en el material jurídico, entendido de esta forma ampliada— ignorar tales razones.

Si se quiere dar cuenta de toda esta complejidad del proceso de identificación de las normas aplicables a un caso —sin relegarla a la categoría de desenfrenada arbitrariedad judicial— hay que aceptar una concepción del Derecho más rica que la que presuponen las premisas de las que parte Comanducci; una concepción del Derecho que preste atención no sólo a la dimensión directiva de las normas, sino que reconozca también la relevan-

cia de otros dos elementos: las razones (los valores) subyacentes a las normas y las prácticas y convenciones interpretativas.

3. Si las consideraciones anteriores son correctas, las nociones de aplicabilidad interna y externa, tal como las toma Paolo en su trabajo, son insuficientes e inadecuadas para dar cuenta de la complejidad del proceso de aplicación del Derecho (y ésta puede ser la razón de que de ellas se deriven conclusiones tan escépticas como las que infiere Comanducci). Así, no logran explicar (a) aquellos supuestos en los que los juristas consideran justificado aplicar normas que no son externa e internamente aplicables<sup>2</sup>, como los casos de infrainclusión de la norma; (b) los supuestos en los que los juristas consideran que no está justificado aplicar normas que son interna y externamente aplicables, como los casos de suprainclusión de la norma; y (c) en general, los casos en los que la identificación de la norma requiere un razonamiento basado en valores. Para superar esta insuficiencia, si se quisiera mantener el esquema analizado por Comanducci, habría que hacer al menos, en mi opinión, tres modificaciones:

---

<sup>2</sup> De acuerdo con la definición anterior de aplicabilidad externa, que hace depender la obligación de usar la norma de una norma superior, y no del conjunto del ordenamiento jurídico.

(a) En primer lugar, habría que aceptar como parte del Derecho las convenciones y prácticas interpretativas. Éstas pueden ser muy variadas; pueden referirse, por ejemplo, (1) a la determinación de los valores relevantes para el Derecho; (2) a los compromisos o jerarquías entre tales valores; (3) a ciertas “metareglas” acerca de la interpretación y aplicación del Derecho, como, por ejemplo, los casos de justificación de la *analogía legis*, de la interpretación extensiva o restrictiva, etc.; (4) al significado a atribuir a determinados conceptos; (5) a los acuerdos profundos, tácitos pero compartidos, acerca de los criterios de corrección de las soluciones jurídicas (me refiero al tipo de acuerdos que, según Bayón, debe tener en cuenta la posición que él ha llamado convencionalismo profundo [Bayón, 2002, págs. 76 y ss]); etc.

Tales convenciones, por cierto, restringen una de las consecuencias indeseables de la distinción entre formulación normativa y norma a la que apuntaba Comanducci. El significado de una formulación normativa no es tan amplio como para que cualquier formulación pueda interpretarse de manera que sea aplicable al caso. Por el contrario, su significado (sin estar completamente cerrado, por supuesto) viene determinado en buena medida, antes de proyectarse sobre un determinado contexto, por las convenciones semánticas y,

una vez que se proyecta la formulación normativa sobre un caso concreto, por las convenciones interpretativas de los juristas. Aunque estas prácticas interpretativas no constriñen al conjunto de los juristas, sí lo hacen a cada uno de ellos individualmente, de manera que no es cierto que cualquier formulación normativa elegida por el juez al aplicar el Derecho satisfaga el criterio de deducibilidad. Esto no implica que no haya una indeterminación que deban suplir los juristas recurriendo a sus convicciones morales o interpretativas particulares, o que el Derecho carezca de límites, pero no debemos exagerar estos defectos.

(b) En segundo lugar, no parece adecuada una noción de aplicabilidad externa que remita sin más a la existencia de una norma superior de acuerdo con la cual la norma inferior sea aplicable, ignorando la existencia de convenciones acerca de la obligatoriedad de aplicar las normas jurídicas. Las cadenas de aplicabilidad concluyen en una práctica o convención que fundamenta su aplicabilidad. Tal práctica, por cierto, no es ni aplicable ni no aplicable, pero eso no quiere decir que los jueces no tengan la obligación de seguirla, si quieren aplicar el Derecho. Que el patrón del metro de París no sea ni correcto ni incorrecto, no quiere decir que los sastres puedan

ignorarlos, si quieren ajustarse al sistema métrico decimal.

(c) Por último, habría que tener en cuenta la relevancia de los factores axiológicos para la aplicación del Derecho (algo a lo que nos lleva también la reformulación de la noción de aplicabilidad externa que he sugerido arriba). Se podría hablar de algo así como una “aplicabilidad axiológica” (quizá no tanto como un tercer sentido de aplicabilidad, sino como un ingrediente necesario de la aplicabilidad externa e interna). Podría decirse que una norma identificada de acuerdo con criterios independientes del contenido es axiológicamente aplicable cuando está justificado aplicarla de acuerdo con el balance de razones subyacentes a la misma, y es axiológicamente no aplicable cuando no está justificado aplicarla de acuerdo con tal balance de razones, o cuando hay razones para desplazar ese compromiso entre valores por otro. La aplicabilidad axiológica es, normalmente, condición necesaria de la identificación del Derecho. Esto quiere decir que no basta con que una norma sea interna y externamente aplicable (en el sentido original en el que toma Paolo estas expresiones) para que el juez tenga la obligación de aplicarla. Y puede ser condición suficiente en los casos en los que no haya reglas que sean a la vez externa

e internamente aplicables (de nuevo, en el sentido original).

B) La justificación de la premisa fáctica.

1. Los teóricos del Derecho han prestado mucha menor atención a los problemas de justificación de la premisa fáctica que a los problemas relacionados con la premisa normativa. Sin embargo, en mi opinión las cuestiones de prueba son de enorme interés, tanto por sus implicaciones filosóficas como por la relevancia de la prueba en la tarea cotidiana de los juristas, por no mencionar su trascendencia moral. Como señaló Frank, “los hombres no sólo pierden su libertad, sino a menudo también su propiedad, ahorros, trabajo o reputación por causa de fallos fundados en el ‘hallazgo’ judicial de hechos que nunca han ocurrido realmente. He aquí un problema moral de primera magnitud” [Frank, 1993, pág. 26]. Cuando se critica que algo no se ha tenido en cuenta, siempre se puede objetar que no era el objetivo del trabajo, que no se puede hablar de todo o que los intereses propios van por otro lado. Lo cual es, por supuesto, admisible, pero este tipo de contestación no debe ocultar la importancia de lo eludido. En mi opinión, la justificación de la premisa fáctica es al menos tan relevante como la justificación de la premisa normativa para la aplicación correcta del Derecho: Una

norma identificada adecuadamente no puede ser correctamente aplicada si no se han probado los hechos que describe la premisa fáctica. Por ello, la tarea queda incompleta si no se hace referencia a los problemas de prueba.

De acuerdo con Comanducci, para que la decisión judicial, entendida como resultado, esté justificada, la premisa fáctica debe ser verdadera; pero para que la decisión esté justificada como acto, basta con que los hechos descritos en ella estén probados. Aceptaré esta tesis y me centraré en los problemas de prueba.

2. Probar un hecho consiste en mostrar que, a la luz de la información que poseemos, está justificado aceptar que ese hecho ha ocurrido. Se trata, por tanto, de un tipo de razonamiento en el que podemos distinguir varios elementos: la hipótesis sobre el hecho que queremos probar, la información (acerca de otros hechos más o menos directamente vinculados con el primero) de la que disponemos (que podemos llamar los indicios o *las pruebas*) y una relación entre la hipótesis y los indicios [Bentham, 2001, pág. 15]. Podemos llamar a este razonamiento “inferencia probatoria”.

Pruebas  $\xrightarrow{\text{enlace}}$  Hipótesis a probar

Para valorar la solidez de la inferencia probatoria son relevantes determinados criterios, algunos referidos a las pruebas o indicios (su fiabilidad, si son suficientes, si son variados, etc.), otros referidos a la hipótesis (si es coherente, si no ha sido refutada, si se han podido corroborar las hipótesis que se pueden inferir de ella, si se han eliminado las hipótesis alternativas, etc.) y otros relativos al enlace (su fundamentación, el grado de probabilidad con el que correlaciona unos y otros hechos, etc.) [González Lagier, 2005]. En este trabajo me centraré en el análisis de estos últimos (en concreto, en los relativos a un tipo posible de enlace).

El enlace entre las pruebas y la hipótesis a probar puede ser de distintos tipos. En cada uno de estos tipos de conexiones o enlaces podemos distinguir entre a) su *fundamento*, b) su *finalidad* y c) su *fuerza*. Por *fundamento* me refiero a los requisitos para la corrección del enlace; por *finalidad* al objetivo (que puede ser epistémico o práctico) que ese enlace trata de satisfacer; y por *fuerza* al grado de solidez que ese enlace aporta a la inferencia probatoria (lo que se traduce en una mayor o menor resistencia a ser desplazado

por otras inferencias, si se mantienen igual los criterios relativos a los demás elementos de la inferencia). Se trata sin embargo de tres nociones relacionadas: muchas veces el fundamento de un enlace dependerá de la medida en que resulte un medio adecuado para satisfacer su finalidad, y su fuerza dependerá a su vez del grado en que esté fundamentado y la importancia que se le conceda a tal finalidad; sin embargo, creo que puede resultar útil y esclarecedor distinguir estas tres dimensiones.

Si el proceso de prueba es complejo, puede consistir en un encadenamiento de varias inferencias, que pueden ser de distintos tipos. Si atendemos a su enlace, podemos distinguir las siguientes clases de inferencias en el ámbito de la prueba:

1) *Inferencias probatorias epistémicas*: En ocasiones, el enlace consiste en lo que podríamos llamar una “regla descriptiva” o máxima de experiencia<sup>3</sup>, esto es, en una generalización a partir de experiencias previas que asocia hechos del tipo del que queremos pro-

---

<sup>3</sup> Entiendo “máximas de experiencia” en un sentido amplio, que incluye generalizaciones científicas, máximas derivadas del conocimiento común del juez, máximas obtenidas a través de su actividad profesional, etc.

bar con hechos del tipo de los que constituyen las pruebas o indicios. Por ejemplo:

«viene siendo desgraciadamente frecuente que la persona a la que se le interviene alguna cantidad de droga, temerosa de que se le pueda considerar vendedora de la misma, facilite la identificación de otra, diciendo que se la compró a ella, para desviar hacia ésta la investigación policial, y situándose después en paradero desconocido, para impedir la ratificación de lo dicho en el atestado policial»

Fue acusado por un detenido <sup>(enlace)</sup> → Juan no traficaba  
a quien se le había intervenido con droga  
cierta cantidad de droga, sin que (hipótesis)  
dicha acusación fuera ratificada  
(prueba)

Estas máximas de experiencia, por tanto, tienen como *fundamento* la observación de una asociación más o menos regular entre dos hechos y su *finalidad* es tratar de aproximarse en la mayor medida posible —dadas las circunstancias de la prueba— a la verdad acerca

de los hechos que se infieren. Su *fuerza* viene determinada por la solidez del argumento inductivo en el que descansan<sup>4</sup>.

2) *Inferencias probatorias normativas*:  
En otras ocasiones, se trata de reglas dirigidas al juez que le obligan a aceptar como probados ciertos hechos cuando se dan ciertos hechos previos (es el caso de las pruebas legal o jurisprudencialmente tasadas). Por ejemplo:

Si se posee una cantidad superior a X  
gramos de la sustancia Y  
se considerará que se posee para el  
tráfico  
(presunción establecida  
jurisprudencialmente)

S posee una cantidad superior a X gramos de la sustancia Y para traficar (prueba)  $\xrightarrow{\text{(enlace)}}$  S posee Y para con ella (hipótesis)

Estas reglas pueden tener como *fundamento* la observación de una asociación regular entre hechos (en cuyo caso son similares a reglas empíricas o máximas de experiencia, pero con estatus normativo) o algún valor o

---

<sup>4</sup> Las máximas de experiencia son conclusiones de un argumento inductivo. Véase González Lagier [2005].

principio que se considera relevante (por ejemplo, el de seguridad, el de protección de los intereses de la parte más débil, etc.). En el primer caso, su *finalidad* es también la averiguación de la verdad; en el segundo caso, su *finalidad* es la protección de ese valor o principio. Ahora bien, dado que son reglas o normas, en uno y otro caso su *fuerza* viene determinada —al menos en un primer momento— por el carácter normativo del Derecho.

Las inferencias probatorias de este tipo ya plantean una primera conexión entre cuestiones de prueba y cuestiones valorativas: la justificación o fundamentación de las reglas de prueba y presunciones requiere un balance entre valores (uno de ellos, por cierto, la relevancia de la verdad en la prueba). Sin embargo, hay una conexión más profunda entre hechos y valores, como veremos.

3) *Inferencias probatorias interpretativas*: En ellas el enlace es una regla conceptual (una definición o una teoría), que permite interpretar ciertos hechos como un caso de uno u otro *tipo* de hecho (acción, omisión, causa, etc.). Por ejemplo:

Por «causa» hay que entender una relación que opera

como condición necesaria  
entre dos sucesos.

- (a) Todo aquél que contrajo la —————<sup>(enlace)</sup>→ Z es causa de X  
enfermedad X había consumido Z (hipótesis)
- (b) No todo el que consumió Z  
contrajo la enfermedad X  
(es decir, Z opera como condición  
necesaria, pero no suficiente, de X).  
(pruebas)

El *fundamento* de las reglas conceptuales que usamos en la prueba de los hechos (judicial o no) remite —como veremos— a las condiciones de corrección o adecuación de los conceptos; su *finalidad* remite a la función de los conceptos como herramientas para ordenar, clasificar, comprender el mundo, construir leyes generales explicativas y predictivas, etc.; y su *fuera* dependerá del grado en que estén fundamentadas y —en el caso del Derecho— también de si su origen se encuentra en el legislador, la jurisprudencia, la dogmática, etc.

Este tipo de inferencias requiere ciertas consideraciones especiales.

3. Los hechos, tal como nos interesan cuando son objeto de prueba, son entidades complejas que combinan elementos observacionales y teóricos. Esto a veces se

expresa también de otras maneras; por ejemplo, diciendo que tienen un núcleo duro y una carga normativa o valorativa, o señalando que presentan un componente interpretativo [González Lagier, 2005, pág. 26 y ss.]. Los elementos observacionales son aquellos que dependen de la observación de la realidad a través de nuestros sentidos; los elementos teóricos, normativos o interpretativos<sup>5</sup> son aquellos que dependen de la red de conceptos con los que los clasificamos y comprendemos. Quizá sea útil distinguir entre (a) los hechos externos, tal como son al margen de nuestras percepciones e interpretaciones; (b) la percepción de esos hechos por nuestros sentidos (esto es, los datos sensoriales que obtenemos por medio de ellos) y (c) la interpretación que hacemos de esos hechos (algunos autores preferirían reservar el término “percepción” para la combinación de datos sensoriales y construcción interpretativa del hecho, pero en relación con la prueba puede ser pertinente tener en cuenta que en la construcción del hecho puede haber problemas puros de percepción, problemas puros de interpretación y problemas generados por la interacción entre percepción e interpretación [González Lagier, 2005, pág. 27 y ss.]).

---

<sup>5</sup> En realidad, podríamos distinguir la carga teórica de la carga valorativa de los conceptos, pero aquí no lo haremos.

La interpretación de los hechos puede verse como un proceso de clasificación de los datos sensoriales percibidos en alguna clase genérica de hechos. Por ejemplo, “agitar los brazos” es una acción que puede interpretarse como “pedir auxilio”, “amenazar”, “saludar”, etc. En este proceso intervienen factores muy variados, pero un factor central y de relevancia teórica son los conceptos y definiciones que aceptamos y usamos para ordenar el material empírico. Especialmente relevantes son los conceptos con los que clasificamos los distintos tipos de hechos, como son los conceptos de “acción”, “estado de cosas”, “relación causal”, “intención”, “omisión”, etc. Así, por ejemplo, algunas conexiones entre sucesos las clasificamos como relaciones de causalidad; algunos movimientos corporales de las personas, acompañados de ciertas actitudes psicológicas, los consideramos acciones; en ciertos supuestos, lo que un agente no ha hecho lo podemos calificar de una omisión; etc. Determinar que algo es causa de otra cosa, que algo es una acción, que una acción es intencional o no, que ciertas actitudes constituyen emociones, etc. son cuestiones relevantes para la prueba. De hecho, normalmente sólo adscribimos responsabilidad a un agente si lo que hizo fue una acción voluntaria y si entre su acción y el resultado que se le reprocha hubo una relación de causalidad. Ahora bien, las afirmaciones

acerca de este tipo de hechos tienen un alto nivel de interpretación y dependen en buena medida de opciones conceptuales. Según cuál sea el concepto de causa, por ejemplo, que manejemos (según la identifiquemos con condiciones necesarias o suficientes del efecto), una relación entre dos sucesos puede ser considerada causa o no; y según la noción de intención que usemos, las consecuencias de nuestras acciones previstas pero no deseadas directamente pueden ser consideradas intencionales o no. “En cuanto se alcanza un nivel mínimo de teorización —escribe Ulises Moulines— (y prácticamente todas las ciencias, e incluso muchas porciones de nuestro lenguaje cotidiano, han alcanzado hoy día ese nivel) no puede hablarse ya propiamente de descripciones. De lo que hay que hablar es de interpretaciones. Por medio de un lenguaje sistemáticamente construido y aplicado interpretamos ciertas parcelas de nuestra experiencia del mundo. Esto vale tanto para la física como para la psicología, tanto para la filosofía como para el arte». Y concluye: “Todo discurso mínimamente interesante es interpretativo” [Moulines, 1991, págs. 37 y 38]. Lo mismo puede decirse del Derecho y de los enunciados que son objeto de la prueba.

Lo anterior muestra la relevancia de las *inferencias interpretativas* para la prueba. Si la prueba es relativa a la red conceptual con la

que tratamos de comprender el mundo («Qué verdades haya depende de qué conceptos empleemos», dice Jesús Mosterín [Mosterín, 2003, pág. 16]), esto plantea inmediatamente la necesidad de analizar los criterios de corrección o adecuación de nuestros conceptos. Éste es el problema del *fundamento* de nuestras reglas conceptuales. La pregunta es: ¿qué quiere decir que una regla conceptual es correcta?<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Los filósofos de la ciencia distinguen tres tipos de conceptos: clasificatorios, comparativos y métricos [Mosterín, 2003, págs. 17 y ss.; Moreso, 1995, 364 y ss.; Estany, 1993, págs. 112 y ss]. Los conceptos clasificatorios son aquellos que ubican un objeto o hecho en una clase; se refieren, por tanto, a un grupo determinado de objetos o hechos que tienen una propiedad en común. En el lenguaje común son conceptos clasificatorios los sustantivos y algunos adjetivos (algunos ejemplos de Mosterín: “hombre, mujer, árbol, camión, azul, puntia-gudo, muerto”). En ciencia los conceptos clasificatorios se introducen por grupos, formando clasificaciones (por ejemplo, los mamíferos se clasifican en monotremas, marsupiales, insectívoros, primates, etc.). Los conceptos comparativos son aquellos que permiten comparar en qué grado dos objetos (o hechos) poseen una misma propiedad en común (por ejemplo, “dureza”, “antigüedad”, “altura”, etc.). Los conceptos métricos o cuantitativos (como “peso”, “edad”, “masa”, “tiempo”, etc.) son aquellos que asignan a los objetos o hechos un número o magnitud (de manera que no sólo se puede decir que un objeto pesa más que otro, sino cuánto más). En la prueba judicial podemos encontrar conceptos de todos estos tipos; por ejemplo, “grado de parentesco” es un concepto comparativo (que puede convertirse en métrico

4. Los conceptos usados en las ciencias deben reunir ciertos requisitos formales y materiales de adecuación<sup>7</sup>. Las condiciones materiales de adecuación de los conceptos son un asunto difícil y de profunda relevancia filosófica. Aunque no puedo embarcarme a fondo en este tema, sí pueden hacerse las siguientes consideraciones:

a) Lo que se encuentra en el transfondo de esta cuestión es la discusión entre el realismo conceptual y el convencionalismo conceptual. Para el realismo conceptual —y a dife-

---

fácilmente, asignando un valor a cada grado) y, sin duda, muchos conceptos introducidos por peritos especializados son conceptos métricos. Sin embargo, los conceptos de causalidad, acción, intención, etc., que en cierto sentido podemos considerar los conceptos básicos de la “lógica de la responsabilidad”, son conceptos clasificatorios: como he señalado antes, su función es clasificar los hechos individuales en una u otra clase de hechos. Aquí me ocuparé sólo de las condiciones de adecuación de los conceptos clasificatorios.

<sup>7</sup> Respecto de las condiciones formales, (1) no deben ser vacíos (deben incluir al menos un individuo perteneciente al ámbito o dominio que se toma como referencia); (2) deben ser excluyentes (ningún individuo debe caer bajo más de dos conceptos clasificatorios distintos) y (3) deben ser exhaustivos (todo elemento del dominio debe caer bajo uno u otro concepto) [Mosterín, 2005]. Sin embargo, estos requisitos deben tomarse como un ideal no siempre alcanzable; así, los conceptos clasificatorios usados en las ciencias sociales incumplen con frecuencia las condiciones (1) y/o (2), sin que por ello pierdan su utilidad.

rencia de lo que sostiene el convencionalismo conceptual— no son nuestras creencias (y nuestro lenguaje) lo que determina la extensión o referencia de los términos, sino que ésta viene fijada (al menos en parte), por el mundo. De esta manera, la realidad impone las condiciones de adecuación material a los conceptos (al menos, a algunos conceptos). Por el contrario, el convencionalismo conceptual sostendría que nuestros conceptos son construidos para satisfacer determinadas finalidades y sus condiciones de adecuación dependen de su utilidad para alcanzar tales objetivos.

b) La distinción entre clases o conceptos naturales y clases o conceptos convencionales recuerda a la distinción entre hechos observacionales y hechos teóricos, que ha sido superada ya por los filósofos de la ciencia (aceptando que todos los hechos tienen ambos componentes [Estany, 1993, pág. 111]. Ulises Moulines nos ha advertido sobre el riesgo de tomar dicotomías de este tipo (teórico/observacional, objetivo/subjetivo, hecho/valor, etc.) como distinciones tajantes, separadas por espacios insalvables. En su lugar, propone verlas como referencias a extremos de una misma línea continua: “La función heurística —escribe— de las bipolaridades conceptuales es que nos conminan a construir (o reconstruir) un espectro de gradaciones o

niveles reales entre dos tipos ideales extremos” [Moulines, 1991, pág. 31]. Parece bastante razonable aplicar esta misma sugerencia a la distinción entre clases convencionalmente construidas y clases naturales: no todos los conceptos clasificatorios pueden verse como clases naturales puras, pero eso no quiere decir que puedan prescindir totalmente de la estructura de la realidad y no tengan alguna (más o menos remota) conexión con ella. A medida que nos alejamos del extremo de las clases naturales nos encontramos con conceptos que dependen cada vez más de nuestra interpretación del mundo, de las estructuras que construimos para comprenderlo, pero no por ello pueden ignorar la realidad. A medida que nos acercamos a las clases naturales, por el contrario, las condiciones de adecuación material establecidas por la realidad cobran especial relevancia. Puede incluso dudarse si existen conceptos naturales puros. La extensión de «agua», por ejemplo (que es tomado como un ejemplo paradigmático de clase natural) no viene determinada exclusivamente por condiciones de adecuación natural. Para que a algo lo llamemos agua debe estar compuesto de  $H_2O$ , pero, aunque ésta sea una condición necesaria para llamar agua a esa sustancia, no es suficiente, porque la extensión del concepto de “agua” viene determinada también por convenciones. Como señala Fernández Moreno “hay porciones de líquido

compuestas de  $H_2O$  y de otros ingredientes que pertenecen a la extensión del término ‘agua’; piénsese, por ejemplo, en una porción de líquido tomada del Mediterráneo, o de un río, o del grifo. Pero también hay porciones compuestas de  $H_2O$  y de otros ingredientes que no pertenecen a la extensión del término ‘agua’; piénsese, por ejemplo, en el contenido de una taza de té o de café. En estos ejemplos se observa que la apelación exclusiva a propiedades subyacentes, como la propiedad de estar compuesto de  $H_2O$ , no permite determinar por sí sola la extensión del término ‘agua’, por cuanto no toda porción de líquido que contiene  $H_2O$  pertenece a la extensión del término ‘agua’, si bien para que una porción de líquido pertenezca a dicha extensión deberá contener  $H_2O$ .” [Hernández Moreno, pág. 13]. La conclusión que podemos extraer de este razonamiento es que los conceptos tienen tanto condiciones de adecuación naturales como condiciones de adecuación convencionales.

c) ¿De qué dependen las condiciones de adecuación convencional? Los conceptos pueden verse como herramientas y, por tanto, su fundamentación también depende en cierta medida del grado en que sirven para la finalidad que perseguimos con ellos. En *Sciences and Values*, Larry Laudan ha sostenido una teoría de la justificación del progreso cientí-

fico (llamada el “modelo reticular”) basada en la interrelación entre teorías, métodos y objetivos. Los objetivos que la ciencia persigue determinan la elección del método científico y éste, a su vez, determina el contenido de las teorías científicas [Mitnik, 1998, págs. 166 y ss.]. Lo mismo puede extenderse a los conceptos que estamos examinando: los objetivos que perseguimos determinan los criterios de adecuación de los conceptos y estos criterios, a su vez, determinan el contenido de los conceptos. La finalidad de los conceptos científicos es la de permitir formular leyes generales con capacidad predictiva o explicativa, de manera que es preferible aquella clasificación cuyos conceptos son más fecundos científicamente, en el sentido de que permiten formular más leyes generales, o más precisas, o con mayor poder explicativo o predictivo [Mosterín, 2003, pág. 23]. ¿Cuál es la finalidad de los conceptos que funcionan como enlaces en las inferencias interpretativas del juez?

d) Las reglas conceptuales usadas en las inferencias probatorias interpretativas en el ámbito del Derecho cumplen la función de mediar entre los datos empíricos ofrecidos por la realidad y las calificaciones jurídicas ofrecidas por las normas, con el fin de posibilitar la aplicación de éstas últimas. La clasificación (interpretación) de los hechos tie-

ne, por tanto, una finalidad que, en última instancia, es práctica o normativa. Esto tiene varias consecuencias. Algunas de ellas son las siguientes:

1) Podemos distinguir dos tipos de desacuerdos acerca de la definición de conceptos como los de acción, causalidad, intención, etc. en contextos jurídicos: desacuerdos puramente teóricos, acerca de cómo reconstruir el concepto correspondiente para maximizar su adecuación a la realidad; y desacuerdos valorativos, acerca de cómo construirlos para que permitan una mejor aplicación del Derecho (esto es, una aplicación del mismo más ajustada a nuestras intuiciones, creencias morales, sentido del Derecho, etc.). Así, por ejemplo, cuando, en el contexto de la prueba judicial discutimos si la relación de causalidad exige que A sea condición suficiente de B (y, por tanto, A hace que B se produzca necesariamente) o que A sea condición necesaria de B (esto es, A posibilita, pero no hace necesaria la ocurrencia de B), se trata de una discusión conceptual en la que están involucradas dos tipos de cuestiones (que, además, pueden estar en tensión): por un lado, cuál es el concepto de causa que se ajusta más a la estructura de la realidad; por otro lado, cuál es el concepto de causa que se ajusta más a nuestra valoración acerca del reproche que se merece en la cuestión debatida.

2) En este sentido, las discusiones sobre estos conceptos y teorías acaban siendo en parte dependientes de aspectos normativos o valorativos y acaban sujetas a nuestras prácticas y teorías acerca de la interpretación del Derecho.

3) Al estar orientados a la aplicación del Derecho, las definiciones o teorías de los juristas acerca de estos conceptos pueden (y quizá requieren necesariamente) ser distintas de las ofrecidas por los científicos o los filósofos (que han de ajustarse a una finalidad distinta). Los juristas pueden aprender de los análisis conceptuales de los filósofos aspectos muy importantes de conceptos como acción, causalidad, etc., pero éstos análisis no pueden constituir la última palabra para el jurista<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Se puede acusar a esta propuesta de relativista, puesto que acepta respuestas distintas pero igualmente válidas acerca de qué es una acción, una omisión, etc. Sin embargo, creo que la necesidad de ajustarse a la estructura de la realidad evita parte de este relativismo (los conceptos propuestos por las distintas ciencias o empresas intelectuales deben tener un núcleo común). Negar la otra parte implica negar que los conceptos son en cierta medida contruidos (“fabricados”, dice Goodman) por nosotros en función de nuestros intereses. Puede que el concepto de intención de las ciencias sociales quede bien construido identificándola con lo que el agente tenía una razón directa para hacer, con lo que quería hacer; pero puede ser legítimo proponer desde el campo de la ética o

### III. Conclusiones

He tratado de mostrar la relevancia de tener en cuenta (a) el papel del razonamiento con valores y (b) las prácticas y convenciones interpretativas (de normas y de hechos) para ofrecer una descripción ajustada del proceso de aplicación del Derecho. Respecto de la premisa normativa del silogismo judicial, no puede ignorarse lo que he llamado aplicabilidad axiológica, esto es, la justificación de la aplicación de la regla al caso atendiendo al balance de razones subyacente a la misma; respecto de la premisa fáctica, he sugerido que la construcción de los conceptos que los juristas usan para interpretar los hechos (conceptos como el de causalidad, acción, intención, etc.) se rige por dos tipos de condiciones de adecuación: condiciones de adecuación natural y condiciones de adecuación convencional, y que éstas últimas, en el caso del

---

el Derecho ampliar la idea de consecuencia intencional a las consecuencias previstas y aceptadas, aunque no directamente deseadas, de una acción (para de esta manera satisfacer la idea de que haber dado lugar a estas consecuencias es tan reprochable como en el caso de la consecuencia directamente querida). Además, aunque haya varias maneras válidas distintas de construir estos conceptos, en relación con una finalidad concreta una alternativa será mejor que otra; esto es, para el Derecho podemos asumir que hay una manera de reconstruir los conceptos fácticos mejor que otras.

Derecho, dada su finalidad práctica, remiten necesariamente a razonamientos basados en valores.



## BIBLIOGRAFÍA

— Atienza, M.; Ruiz Manero, J. [2000], *Ilícitos atípicos*, Ed. Trotta, Barcelona.

— Bayón, J. C. [2002], *Derecho, convencionalismo y democracia*, en Pablo E. Navarro y Redondo, M.C. (comps.), *La relevancia del Derecho*, Ed. Gedisa, Barcelona.

— Bentham, J. [2001], *Tratado de las pruebas judiciales*, Ed. Comares.

— Comanducci, P. [2007], *Constitución y Teoría del Derecho*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2006, Ed. Fontamara, México D.F.

— Estany, A. [1993], *Introducción a la teoría de la ciencia*, Ed. Crítica.

— Frank, J. [1993], *Derecho e incertidumbre*, Ed. Fontamara, México D.F.

— Fernández Moreno, L. [2000], *¿Qué es un término de género natural?*, Teorema, vol. XIX/1.

— González Lagier, D. [2005], *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Ed. Temis-Palestra.

— Mitnik, P.A. [1999], *Teorías, métodos y valores. Algunos problemas y limitaciones en el naturalismo normativo de Laudan*, en Ambrosio Velasco Gómez (coord.), *Progreso, pluralismo y racionalidad en la ciencia*, UNAM.

— Moreso, J. J. [1995], *La construcción de los conceptos en la ciencia jurídica*, Anuario de Filosofía del Derecho, XII.

— Mosterín, J. [2003], *Conceptos y teorías en la ciencia*, Alianza Editorial, Madrid.

— Moulines, U. [1991], *Hechos y valores: Falacias y Metafalacias. Un ejercicio integracionista*, Isegoría, núm. 3.

— Ródenas Calatayud, A. [2003], *¿Qué queda del positivismo jurídico?*, en Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 26.

# CONSTITUCIONALIZACIÓN Y NEOCONSTITUCIONALISMO

*Paolo COMANDUCCI*

Durante los últimos treinta años, en muchos países de la Europa continental, y sucesivamente en varios países del mundo, se han producido dos importantes cambios en el ámbito jurídico: un cambio estructural, la “constitucionalización” del derecho, y un cambio doctrinal, la afirmación del “neoconstitucionalismo”. Se trata de cambios relacionados entre sí, ya que el uno favorece y sustenta al otro, en un proceso de acción y retroacción. En este ensayo caracterizaré brevemente el primer fenómeno (1), deteniéndome después en una presentación (2) y en un análisis crítico (3) del segundo.

## 1. Constitucionalización

En los ordenamientos jurídicos de los principales países de la Europa continental (Francia, Alemania, España, Italia), también y sobre todo a partir de las deliberaciones de los respectivos Tribunales Constitucionales, se ha producido, desde la segunda mitad del siglo XX, una progresiva constitucionalización

del derecho. Se trata de un proceso al término del cual el derecho es “impregnado”, “saturado” o “embebido” por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Hay que subrayar, sin embargo, que el de constitucionalización es un concepto graduado: un derecho puede ser más o menos constitucionalizado. Siguiendo a Guastini<sup>1</sup>, las principales condiciones de constitucionalización son:

- La existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales.
- La garantía jurisdiccional de la Constitución.
- La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”).
- La “sobreinterpretación” de la Constitución (se le interpreta extensivamente y

---

<sup>1</sup> Cfr., sobre todo, R. Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano”, en R. Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, México, III-UNAM, Fontamara, 2001.

de ella se deducen principios implícitos).

- La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares.
- La interpretación constitucionalizante de las leyes.
- La influencia de la Constitución en el debate político.

## 2. Neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico

Dirijámonos ahora al análisis del neoconstitucionalismo<sup>2</sup> contemporáneo, una doctrina que, según sus partidarios, surge justamente en conexión con el desarrollo del proceso de

---

<sup>2</sup> “Neoconstitucionalismo” es una etiqueta que, a finales de los años noventa del siglo pasado, unos integrantes de la escuela genovesa de teoría del derecho (Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y yo mismo) comen- zaron a utilizar para clasificar y criticar algunas tenden- cias post-positivistas de la filosofía jurídica contemporá- nea, que presentan rasgos comunes, pero también dife- rencias entre sí. La etiqueta ha tenido mucho éxito, pero sobre todo se han multiplicado, en Europa (particular- mente en España e Italia) y Latinoamérica (particular- mente en Argentina y México) los estudios de esas tendencias y su comparación con el positivismo jurídico.

constitucionalización del derecho, y que pretende superar y, en un sentido, suplantarlo sea al positivismo jurídico sea al iusnaturalismo.

Es bastante conocida la distinción, formulada por Bobbio, entre tres tipos, o tres acepciones, de positivismo jurídico<sup>3</sup>: me parece oportuno, aunque sea un poco forzado, establecer una clasificación análoga entre tres diversas formas de neoconstitucionalismo –teórico, ideológico, metodológico– incluso porque, de ese modo, resultará más comprensible y significativa la confrontación crítica entre tipos homogéneos de positivismo y, respectivamente, de neoconstitucionalismo.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Cfr. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 2ª edición, Milán, Comunità, 1988 y N. Bobbio, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993.

<sup>4</sup> Sobre las relaciones entre positivismo jurídico, constitucionalismo y/o neoconstitucionalismo, véase: M. Barberis, *La heterogeneidad del bien. Tres ensayos sobre el pluralismo ético*, México, Fontamara, 2006; M. Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, UNAM – Trotta, 2003; É. O. R. Duarte, S. Pozzolo, *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*, São Paulo, Landy Editora, 2006; T. Mazzarese (comp.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turín, Giappichelli, 2002; G. Pino, *The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States*, en “Law and

La utilización de esta tripartición permite por otro lado evidenciar las diferencias existentes entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo. El constitucionalismo ha sido fundamentalmente una ideología dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales o de derechos fundamentales. Tal ideología, por un lado, tiene como trasfondo habitual, aunque no necesario<sup>5</sup>, al iusnaturalismo que por un lado, sostiene la tesis de la conexión identificatoria entre derecho y moral, y, por otro, tiene como adversario directo el positivismo ideológico<sup>6</sup>.

---

Philosophy”, 18, 1999, págs. 513-536; S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001; L. Prieto, *Costituzionalismo e positivismo*, en P. Comanducci, R. Guastini (comp.), *Analisi e diritto 1996. Ricerche di filosofia analitica*, Turín, Giappichelli, 1996, págs. 207-226; L. Prieto, *Constituzionalismo y positivismo*, 2ª edición, Fontamara, México, 1999; S. Sastre Ariza, *Ciencia jurídica positivista y neoconstituzionalismo*, prólogo de L. Prieto, Madrid, McGraw-Hill, 1999.

<sup>5</sup> No necesario, ya que han existido positivistas que, si bien se han adherido a la ideología constitucionalista, han sin embargo rechazado lo que podríamos llamar el “constitucionalismo metodológico”, es decir, la idea de que las constituciones, y sobre todo los principios y los derechos fundamentales en ellas contenidos, establecen un puente entre el derecho positivo y la moral.

<sup>6</sup> La que existe entre positivismo y constitucionalismo como ideologías me parece la principal contraposición que subyace en el pionero trabajo de N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*

El constitucionalismo no es, sin embargo, relevante como teoría del derecho: la teoría dominante en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX es sin duda la positivista, y no me parece que el constitucionalismo haya nunca intentado destronar tal hegemonía con una diferente propuesta teórica.

El neoconstitucionalismo, por su parte, no se presenta solamente como una ideología, y su correlativa metodología, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista.

### 2.1. Neoconstitucionalismo teórico

El neoconstitucionalismo, como teoría del derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo. El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracteri-

---

(1963), Bolonia, Il Mulino, 1996. Sobre ello, y sobre la discusión que siguió entre Bobbio y Matteucci, cfr. C. Margiotta, "Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 30, 2, 2000, págs. 387-425.

zado, además que por una constitución “invasora”, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia en la constitución de principios y no solo de reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley. Como teoría, el neoconstitucionalismo constituye por lo tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta ya no refleje la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular, el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles.

Por otra parte, dentro de la teoría neoconstitucionalista, se asiste a la formación de dos tendencias contrapuestas de pensamiento: mientras algunos de sus exponentes entienden que aquélla no es más que la continuación, con el mismo método pero con un objeto (parcialmente) modificado, del iuspositivismo, otros sostienen por el contrario que las transformaciones del objeto de investigación comportan la necesidad de un cambio radical de metodología y que, por tanto, el neoconstitucionalismo presen-

ta diferencias cualitativas respecto al ius-positivismo teórico. Examinaré críticamente esta segunda tendencia en el párrafo 4.1.

Es necesario señalar que el neoconstitucionalismo teórico —que se caracteriza también y sobre todo por centrar su propio análisis en la estructura y en el papel que, en los sistemas jurídicos contemporáneos, asume el documento constitucional— adopta a veces, como objeto de investigación, lo que en otro lugar he definido como el “modelo descriptivo de la Constitución como norma”, y a veces, por el contrario, el “modelo axiológico de la Constitución como norma”<sup>7</sup>.

En el primer modelo, “Constitución” designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales (y por tanto fundantes de todo el ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas).

---

<sup>7</sup> Cfr. P. Comanducci, *Assaggi di metaetica due*, Turín, Giappichelli, 1998, págs. 100-102 y 106-109; P. Comanducci, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en M. Carbonell (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2000, págs. 133-137.

En el segundo modelo, “Constitución” designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales (y por tanto fundantes de todo el ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas) —aquí subraya la definición precedente—, “a condición de que tengan determinados contenidos a los que se atribuye un especial valor”<sup>8</sup>. En este modelo, como afirma Dogliani, la Constitución está “cargada de un valor intrínseco: la Constitución es un valor en sí”<sup>9</sup>.

Uno de los rasgos distintivos del neoconstitucionalismo teórico (distintivos respecto a la teoría iuspositivista tradicional) es sin duda la tesis según la cual la interpretación constitucional, como consecuencia del proceso de constitucionalización del derecho, presenta hoy, de hecho, algunas características peculiares respecto a la interpretación de la ley<sup>10</sup>. Pero tales peculiaridades son configuradas diversamente según que se adopte

---

<sup>8</sup> M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994, pág. 14.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pág. 15.

<sup>10</sup> Cfr., en general, J. J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, CEPC, 1997.

uno u otro modelo de Constitución. Dado que me parece que, si adopta el modelo axiológico de Constitución como norma, el constitucionalismo no se presenta tanto como una teoría del derecho sino como una ideología, mencionaré, en el siguiente párrafo, bajo el título de neoconstitucionalismo ideológico, la correspondiente doctrina de la interpretación constitucional.

Quien por el contrario adopta el modelo descriptivo de Constitución como norma entiende que la Constitución presenta al menos una característica en común con la ley: la de ser también ella un documento normativo. Quien adopta tal modelo, en consecuencia, configura normalmente la interpretación constitucional, al igual que la interpretación de la ley, como una especie del género interpretación jurídica, siendo ésta última generalmente definida como la adscripción de significado a un texto normativo. Y en efecto, en la literatura reciente, la tendencia que se percibe es la de configurar las peculiaridades de la interpretación constitucional respecto a la interpretación de la ley como una cuestión de grado, y no como diferencias cualitativas. Dentro de esta posición común, sin embargo, se encuentra alguna diversidad de acentuación, que depende en buena medida del hecho de que algunos autores, a diferencia de otros, dan también cuenta, desde un punto de vista

externo moderado, de la actividad interpretativa de las cortes constitucionales, las cuales, a su vez, parecen comúnmente asumir no el modelo descriptivo sino el axiológico de Constitución<sup>11</sup>.

## 2.2. Neoconstitucionalismo ideológico

Cuando se presenta (también) como una ideología, el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal —que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX—, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Este cambio de acento es fácilmente explicable por el hecho de que el poder estatal, en los ordenamientos democráticos contemporáneos, ya no es visto con temor y sospecha por la ideología neoconstitucionalista, que más bien se caracteriza justamente por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de derecho, que se ha afirmado progresivamente en

---

<sup>11</sup> Para una mayor profundización cfr. P. Comanducci, *Assaggi di metaetica due*, cit., págs. 111-116.

Occidente y que va expandiendo su influencia en vastas zonas del mundo<sup>12</sup>.

El neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales —podríamos en este sentido hablar de “neoconstitucionalismo de los contrapoderes”— pero, más aún, subraya la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución —podríamos en este sentido hablar de un “neoconstitucionalismo de las reglas”—.

Dado que algunos de sus promotores (pienso por ejemplo en Alexy, Campbell, Dworkin y Zagrebelsky) entienden que, en los ordenamientos democráticos y constitucionalizados contemporáneos, se produce una conexión necesaria entre derecho y moral, el neoconstitucionalismo ideológico se muestra proclive a entender que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Cons-

---

<sup>12</sup> Cfr. L. L. Hierro, *Estado de Derecho. Problemas actuales*, México, Fontamara, 1998.

titución y a las leyes que son conformes a la Constitución. Y en este específico sentido, el neoconstitucionalismo puede ser considerado como una moderna variante del positivismo ideológico del siglo XIX, que predicaba la obligación moral de obedecer la ley.

Ya que adopta, como se ha señalado, el modelo axiológico de la Constitución como norma, el neoconstitucionalismo ideológico pone generalmente en evidencia una radical especificidad de la interpretación constitucional respecto a la de la ley, y también de la aplicación de la Constitución respecto a la aplicación de la ley. Tales especificidades derivan de la diversidad del objeto constitución respecto a la ley, y se manifiestan sobre todo en relación a las respectivas técnicas interpretativas. Muy claro y ejemplificativo en ese sentido es Ronald Dworkin, especialmente en su trabajo titulado *The Moral Reading of the Constitution*<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Publicado por primera vez en *The New York Review of Books*, 21 de marzo de 1996, págs. 46-50; luego incluido, como introducción, en R. Dworkin, *Freedom's Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996. Para una reconstrucción de la posición de Dworkin en materia de interpretación constitucional, remito a P. Comanducci, *Assaggi di metaetica due*, cit., págs. 116-121.

### 2.3. Neoconstitucionalismo metodológico

Algunas variantes del neoconstitucionalismo, y en especial aquellas que se presentan (también) como una ideología, presuponen una toma de posición metodológica que propongo llamar —con algo de arbitrariedad, lo admito— “neoconstitucionalismo metodológico”. La referencia es obviamente a autores como Alexy y Dworkin<sup>14</sup>.

Esta denominación recuerda explícitamente el, y se contrapone al, positivismo metodológico y conceptual, que afirma la tesis según la cual es siempre posible identificar y describir el derecho como es, y distinguirlo por tanto del derecho que debería ser. Esta

---

<sup>14</sup> Sobre el neoconstitucionalismo de Alexy y Dworkin, y su relación con el positivismo jurídico, cfr. G. Bongiovanni, *Teorie “costituzionalistiche” del diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, Bolonia, CLUEB, 2000; G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma -Bari, Laterza, 2005; A. García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998; V. Giordano, *Il positivismo e la sfida dei principi*, Napoli, ESI, 2004; S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit.; L. Prieto, *Constitucionalismo y positivismo*, cit. En particular sobre la teoría de los derechos fundamentales de Alexy véase: A. J. Menéndez, E. O. Eriksen (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Dordrecht, Springer, 2006.

tesis tiene, como se sabe, al menos dos corolarios: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la de la no conexión necesaria entre derecho y moral. Desde mi punto de vista, la tesis positivista tiene también al menos un presupuesto: la aceptación de la gran división entre ser y deber ser, en su formulación lingüística, como distinción entre describir y valorar-prescribir. No tiene sin embargo, como presupuesto, la tesis meta-ética no-cognotivista en el ámbito moral: por lo menos no necesariamente, aún si de hecho muchos teóricos positivistas son no-cognotivistas, y la mayoría de los críticos del positivismo son cognotivistas.

El neoconstitucionalismo metodológico sostiene por el contrario —al menos respecto a situaciones de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral— la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral.

### 3. Algunas consideraciones críticas

Desarrollaré, como conclusión, algunas consideraciones críticas sobre los tres tipos de neoconstitucionalismo presentados.

### 3.1. Neoconstitucionalismo teórico

Como ya he sugerido en las páginas precedentes, creo que se puede mirar favorablemente a la teoría del derecho neoconstitucionalista, que me parece que da cuenta, mejor que la tradicional iuspositivista, de la estructura y del funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos. Por otro lado, el neoconstitucionalismo teórico, si acepta la tesis de la conexión solo contingente entre derecho y moral, no es de hecho incompatible con el positivismo metodológico, al contrario, podríamos decir que es su hijo legítimo. Dado que (parcialmente) han cambiado los modelos de Estado y de derecho respecto a los típicos del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, la teoría del derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días.

Las únicas críticas que presentaré se dirigen contra aquellas variantes del neoconstitucionalismo teórico, como por ejemplo la de Ferrajoli o la de Zagrebelsky, que ofrecen una reconstrucción del estatus y de las tareas de la teoría del derecho desde mi punto de vista inaceptable.

Luigi Ferrajoli, en algunos escritos recientes<sup>15</sup>, y no solo en su obra mayor<sup>16</sup>, ha afirma-

do que la ciencia jurídica, hoy y en los países democráticos, es necesariamente “normativa”. En particular, Ferrajoli entiende que la “descripción” de la Constitución es normativa respecto a los niveles inferiores del ordenamiento. La operación de Ferrajoli me parece ser la siguiente: una vez interpretada la Constitución como depositaria de un conjunto de valores, que cuentan con la adhesión política de Ferrajoli, se prescribe a la ciencia jurídica denunciar la invalidez de los materiales normativos infraconstitucionales que se oponen a esos valores, prescribiendo a los órganos competentes la anulación o derogación de las disposiciones inconstitucionales, y llenar las lagunas (que de axiológicas devienen, en la configuración de Ferrajoli, lagunas técnicas).

Un ejemplo. Dada la definición teórica de “derecho subjetivo” como una posición de ventaja que implica la existencia de una obligación correspondiente a otro sujeto, Ferrajoli sostiene la tesis de que, cuando un derecho

---

<sup>15</sup> Cfr., entre otros, L. Ferrajoli, “Derechos fundamentales”, en L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999; Id., “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en L. Ferrajoli et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

<sup>16</sup> L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4ª edición, Madrid, Trotta, 2000.

esté establecido por la Constitución y falte una ley que instituya las obligaciones correspondientes, estaremos en presencia de una laguna (técnica), que debería ser denunciada por la ciencia jurídica (normativa).

Me parece que esta es una tesis que proviene de la adhesión al neoconstitucionalismo ideológico (y no teórico) y del haber asignado un rol normativo a la ciencia jurídica. De forma coherente con la definición teórica de “derecho subjetivo” presentada, Ferrajoli debería (con Kelsen) concluir, a nivel teórico, que si se instituyen en un ordenamiento concreto derechos sin las obligaciones correspondientes, estos presuntos derechos no son tales. No debería concluir que existe una laguna técnica, sino que no existe el derecho subjetivo en cuestión. Obviamente, desde un punto de vista de política del derecho, se puede afirmar que estamos en presencia de una laguna axiológica, que el legislador debería intervenir para colmarla, que la técnica normativa de instituir derechos sin las obligaciones correspondientes contradice el modelo del legislador racional, etcétera. O bien se podría cambiar la definición teórica, y distinguir entre derechos perfectos (que cuentan con las correspondientes obligaciones) y derechos imperfectos (que no cuentan con las correspondientes obligaciones).

Pero no se puede confundir, como hace Ferrajoli, entre la implicación lógica (permitido implica no prohibido) y la implicación dentro de una teoría (el derecho subjetivo supone una obligación correspondiente), por una parte, y, por otra, la tesis de política del derecho, *de iure condendo*, según la cual, si existe un derecho reconocido a nivel constitucional, *debe* existir una obligación correspondiente reconocida a nivel legislativo. Se trata de dos cosas completamente diversas, y afirmar que de la primera deriva la segunda equivale a afirmar la tesis de que un conjunto de proposiciones que prescriben como el derecho debe ser (sin lagunas ni contradicciones) sea derivable de un conjunto de proposiciones que describen como el derecho es (ordenamiento bi-dimensional, Constitución rígida que enuncia derechos, etcétera). Esta tesis me parece adscribible a la familia de los naturalismos jurídicos, y por tanto del todo contradictoria con las premisas divisionistas de la teoría neoconstitucionalista de Ferrajoli.

Creo que la expresión “ciencia jurídica”, tal como la usa Ferrajoli, es ambigua, porque se refiere tanto a la teoría del derecho como a la dogmática jurídica. Pero no todo lo que se puede predicar de la dogmática conviene a la teoría del derecho, y viceversa. Particularmente espinoso es justamente el problema de la “politicidad” de la ciencia jurídica. Estaría

de acuerdo con Ferrajoli en que la actividad de la dogmática es necesariamente (también) política, pero ¿porqué también debería serlo la de la teoría del derecho, entendida como metaciencia jurídica? Y luego: ¿de qué modo un modelo explicativo del Estado constitucional de derecho es *también* normativo, como afirma Ferrajoli? y ¿sirve como instrumento de control y de crítica? Me parece que, obviamente, sólo un modelo normativo puede servir para controlar y criticar, no desde luego un modelo explicativo. Lo que el derecho es no puede servir para criticar lo que el derecho es, ni para indicar lo que el derecho debe ser. Y, sin embargo, es justamente esto lo que Ferrajoli parece sostener. Dado el modelo explicativo de cómo el derecho es, el teórico, según Ferrajoli, debería criticar los alejamientos del modelo. La única explicación es que el modelo de Ferrajoli no sea explicativo sino ideal. Nada de malo en ello: por lo demás es un modelo que cuenta con toda mi simpatía. Pero explicar el derecho es otra cosa, y el teórico debería hacer solamente esto.

Gustavo Zagrebelsky, por su parte, hace teoría desde el punto de vista interno en sentido fuerte, ya que entiende que la idea de derecho se puede conocer sólo desde el interior, participando en la práctica social llamada “derecho” (punto de vista interno débil), y además muestra y propugna la adhesión a los

valores expresados por el derecho y, sobre todo, por la Constitución. Y, dado que la práctica “derecho” es una combinación de juicios de hecho y de valores, también la teoría resulta compuesta del mismo modo: como dice Zagrebelsky, es una *iuris-prudentia* y no una *scientia iuris*.

Me parece que el derecho, como práctica social, no presenta características distintivas tales como para exigir un acercamiento metodológico distinto del que tienen por objeto otras prácticas sociales, y que por lo tanto solamente pueda ser estudiado desde un punto de vista externo, es decir, hasta donde es posible en el campo de las ciencias sociales, avalorativo. Pero hay una exigencia, expresada por Zagrebelsky y por otros estudiosos, que debe ser tenida en cuenta: la de considerar como imprescindible, para poder conocer la idea del derecho, el punto de vista interno de los operadores (jueces, legisladores, juristas y simples ciudadanos). Tenerlo en cuenta es una cosa distinta de asumirlo. Podemos distinguir un punto de vista externo radical, comportamentista o normativista, para el que sólo cuentan, como objetos de investigación, los comportamientos de los actores de la práctica o las normas en su formulación. Y hay un punto de vista externo moderado, para el cual, además de los precedentes, cuentan, como objeto de investigación, también las

actitudes internas de los actores de la práctica, en particular la idea de derecho que ellos presuponen.

Zagrebelsky no alcanza, por defecto en el acercamiento metodológico, a aportar una teoría del derecho satisfactoria (y podría enunciar los muchos puntos en los que pasa del describir al prescribir, proponiendo teorías normativas de la Constitución, de los principios, de la interpretación, etcétera), pero su obra<sup>17</sup> es sumamente útil como objeto de la teoría del derecho que asume un punto de vista externo moderado, y que la interpreta como una doctrina jurídica y valora su potencialidad práctico-operativa. De hecho, como todas las obras de los grandes juristas dogmáticos, la doctrina de Zagrebelsky aporta como material pre-elaborado una síntesis de la mentalidad y de las actitudes de un grupo (por lo demás influyente) de juristas, sobre cuya teoría del derecho conviene reflexionar.

---

<sup>17</sup> Pienso sobre todo en G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995; Id., *La crucifixión y la democracia*, Barcelona, Ariel, 1996.

### 3.2. Neoconstitucionalismo ideológico

Al neoconstitucionalismo ideológico se podrían extender todas las críticas, presentadas por Bobbio y otros autores, como por ejemplo Nino, frente al positivismo ideológico. Me limitaré aquí, sin embargo, a argumentar solamente contra la que me parece una consecuencia peligrosa de tal ideología: la reducción del grado de certeza del derecho derivada de la técnica de “ponderación” de los principios constitucionales y de la interpretación “moral” de la Constitución.

Como se sabe, Dworkin, uno de los principales exponentes de la ideología neoconstitucionalista, sostiene la tesis según la cual un derecho, formado, no sólo por reglas, sino también por principios fundamentales que tienen su fuente en una moral objetiva, es, o puede tendencialmente llegar a ser, totalmente determinado (es la famosa tesis de la única solución justa, o correcta<sup>18</sup>). Me parece que

---

<sup>18</sup> Cfr. sobre todo R. Dworkin, *Los derechos en serio* (1977), Barcelona, Ariel, 1984. Sobre la “tesis de la única respuesta correcta” cfr., entre otros, M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Londres, Duckworth, 1984, especialmente las partes 2 y 3; R. Guastini, “Soluzioni dubbie. Lacune e interpretazione secondo Dworkin. Con un’appendice bibliografica”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 13, 2, 1983, págs. 449-467; A. Schiavello,

de esa manera Dworkin no distingue ni entre determinación *ex ante* y *ex post*<sup>19</sup>, ni entre el problema teórico de la cognoscibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones y el problema práctico de la justificación de las decisiones judiciales.

Desde el punto de vista teórico, que es el que aquí se adopta, y dejando de lado la cuestión de la determinación *ex post*, el único problema interesante es el de la determinación *ex ante*: ¿cuál es el efecto de la configuración de los principios en la determinación/indeterminación *ex ante*? Desde esta perspectiva, la respuesta de Dworkin es inaceptable, dado que la configuración de los principios, que son una *species* del *genus* normas, no puede eliminar totalmente las causas estructurales, lingüísticas y subjetivas de la parcial indeterminación del derecho. Pero podemos preguntarnos si puede reducirlas.

Creo que la indeterminación podría quizá disminuir si se dieran al menos estas condiciones: 1) si existiese una moral objetiva, conocida y observada por los jueces (o, lo que es lo mismo, si existiera una moral positiva,

---

*Diritto como integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Turín, Giappichelli, 1998, págs. 228-244.

<sup>19</sup> Sobre tal distinción cfr. P. Comanducci, *Assaggi di metaetica due*, cit., págs. 92-93.

conocida y observada por los jueces); 2) si los jueces observaran siempre las prescripciones de Dworkin (o de Alexy), y construyeran un sistema integrado de derecho y moral, internamente consistente, de modo que, con la ayuda de los principios, pudieran elegir para cada caso la única solución justa, o correcta, o al menos la mejor. Bajo estas condiciones, la creación de principios, por obra del legislador, o la configuración de principios, por obra de los jueces o de la dogmática, podría reducir la indeterminación *ex ante* del derecho.

Pero, en realidad, estas condiciones no se dan. Y las cosas están así no tanto por conocidas razones meta-éticas, que afirman la inexistencia de una moral objetiva, sino por razones fácticas. De hecho: a) suponiendo incluso que exista, la moral objetiva no es conocida ni compartida por todos los jueces; b) no existe, en nuestras sociedades, una moral positiva compartida por todos los jueces (nuestras sociedades, cada día más, están caracterizadas por un pluralismo ético); c) los jueces no son coherentes en el tiempo con sus propias decisiones, y no construyen un sistema consistente de derecho y moral para resolver los casos; d) los jueces no siempre argumentan y deciden racionalmente (cualquiera que sea el significado, aún el más débil, que queramos atribuirle a esta palabra).

En condiciones reales, y no ideales, la configuración de principios puede ayudar a los jueces a encontrar siempre una justificación *ex post* para sus propias decisiones, pero parece no reducir, si no aumentar la indeterminación *ex ante* del derecho. Y me parece que esto es así por tres razones principales:

- porque una de las características más comunes de las normas que están configuradas como principios es la mayor vaguedad respecto a las otras normas, y por tanto esta característica aumenta en vez de reducir la indeterminación *ex ante*;
- porque, en consecuencia, la creación y configuración de principios, a falta de una moral común, aumenta la discrecionalidad de los jueces, que pueden decidir los casos haciendo referencia a las propias, subjetivas, concepciones de la justicia, y también esto, naturalmente, aumenta la indeterminación *ex ante*;
- porque la peculiar manera de aplicar las normas configuradas como principios, o sea la ponderación de los principios caso por caso, a falta de una jerarquía estable y general entre los principios, aumenta también la discrecionalidad de

los jueces y la indeterminación *ex ante* del derecho<sup>20</sup>.

No quisiera que de lo dicho hasta aquí se concluyera que no existen buenas razones para crear principios, o para configurarlos o ponderarlos. Creo que existen buenas razones para hacerlo.

Pero lo que no creo es que, en la situación actual, crear o configurar principios, o ponderarlos caso por caso, sean actividades que persigan directamente (como parece creer Dworkin) el valor de la certeza del derecho<sup>21</sup>. Estas actividades persiguen, me parece, otros objetivos, que pueden ser, dependiendo del punto de vista, igual o mayormente recomendables: como, por ejemplo, la adecuación del derecho a los cambios sociales, tomar decisiones “al por mayor”<sup>22</sup>, ofrecer criterios generales a los órganos inferiores, establecer metas de reforma social, la delegación de

---

<sup>20</sup> Cfr. R. Guastini, “Principios de derecho y discrecionalidad judicial”, en R. Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, cit.

<sup>21</sup> Sobre la certeza del derecho véase: E. Diciotti, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Turín, Giappichelli, 1999; C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milán, Giuffrè, 1999.

<sup>22</sup> La expresión es de M. Jori, *Il formalismo giuridico*, Milán, Giuffrè, 1980, pág. 5.

poderes para determinar el contenido del derecho, es decir, en general, la hétéro y/o auto-atribución a los jueces de una parte del poder normativo, etcétera.

### 3.3. Neoconstitucionalismo metodológico

Contra el neoconstitucionalismo metodológico (que considera los principios constitucionales como un puente entre el derecho y la moral), me limitaré a reafirmar la tesis de la no conexión justificante entre derecho y moral<sup>23</sup>.

La tesis neoconstitucionalista es que cualquier decisión jurídica, y en particular la decisión judicial, está justificada si deriva, en última instancia, de una norma moral.

Interpreto esta tesis como una respuesta a un problema normativo (“¿cuál debe ser la norma que funda o justifica la decisión judicial?”), y por tanto la tesis misma reviste

---

<sup>23</sup> Sostienen posiciones análogas a las expresadas en el texto, entre otros: M. Barberis, “Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale”, en *Ragion pratica*, 14, 2000, págs. 147-162; S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit.; L. Prieto, *Constituzionalismo y positivismo*, cit. Para una discusión crítica de los varios tipos de conexión que se han instituido entre derecho y moral, remito a P. Comanducci, *Assaggi di metaetica due*, cit., págs. 8-13.

carácter normativo (“es una norma moral la que debe fundar o justificar la decisión judicial”).

Obviamente, la tesis de la conexión justificante podría también ser interpretada de otra forma: o como respuesta a un problema empírico (“De hecho, ¿cuáles son las normas que, en un determinado contexto, fundan o justifican la decisión judicial?”), o como respuesta a un problema teórico (“En un modelo explicativo de la decisión judicial, ¿cuáles son las normas que fundan o justifican la decisión judicial?”). Creo que, si la interpretáramos como descriptiva, esta respuesta sería falsa (en las prácticas judiciales de motivación de las decisiones, en los sistemas jurídicos contemporáneos, las decisiones son explícitamente justificadas ofreciendo razones que son normas jurídicas y no morales). Si la interpretáramos como teórica, esta respuesta creo que se transformaría en una tautología: dado que, por definición, toda justificación última, en el dominio práctico, se supone que está constituida por una norma moral, entonces también la justificación última de una decisión judicial está constituida por una norma moral (aunque existan justificaciones intermedias que pueden definirse como jurídicas).

Detengámonos por lo tanto solamente en el problema normativo, y preguntémonos qué tipo de norma moral sería la que debería fundar o justificar, en última instancia, una decisión judicial (suponiendo a ésta última como caso paradigmático de decisión en el ámbito jurídico).

Veo al menos cuatro soluciones posibles:

- Que se trate de una norma moral objetiva verdadera (en el sentido de que corresponde a “hechos” morales);
- que se trate de una norma moral objetiva racional (en el sentido de aceptable por parte de un auditorio racional);
- que se trate de una norma moral subjetivamente escogida;
- que se trate de una norma moral intersubjetivamente aceptada.

Las primeras dos soluciones son objetivistas, las últimas dos son subjetivistas.

En la primera solución la norma moral es *subject-independent*, en las otras es *subject-dependent*, pero en formas respectivamente diversas. Las primeras dos soluciones hacen

referencia a una moral crítica, la tercera a una moral individual, la cuarta a una moral positiva.

Si asumimos el punto de vista del juez, según los defensores de la tesis de la conexión justificante necesaria entre derecho y moral el juez debería derivar la decisión de la controversia de una norma moral, que fundaría por tanto su decisión. Pero, ¿“moral” en qué sentido?

La primera solución presenta problemas ontológicos (duplicación del mundo) y epistemológicos muy serios. Sobre todo, estos últimos determinarían que el juez eligiera una norma que *crea* que es moral. Por tanto la primera solución es reducible a la tercera.

La segunda solución no presenta los mismos problemas ontológicos que la primera, pero sí serios problemas epistemológicos: no tanto porque no sea posible que el juez encuentre la norma moral que funde su decisión, según las reglas procesales y sustanciales de una teoría moral (aunque existen problemas epistemológicos dentro de cada teoría: no por nada las teorías procedimentales con frecuencia no ofrecen “códigos morales” racionales), sino porque existen varias y divergentes teorías morales, entre las cuales el juez debería

elegir. Por lo tanto, también la segunda opción es reducible a la tercera<sup>24</sup>.

Aceptar la tercera solución equivaldría a proponer dejar completamente en manos de los jueces el modo de fundar y justificar sus decisiones. El derecho legislativo (y constitucional) se convertiría, para el punto de vista del juez, en algo superfluo: el paso justificante que consiste en fundar la decisión en la ley o es inútil (porque la ley es conforme a la norma moral) o bien está prohibido (porque la ley es contraria a la norma moral). La certeza del derecho quedaría confiada solamente a la conciencia moral de cada juez: dado que debería fundar sus decisiones en normas morales universales, debería entonces utilizar coherentemente estas normas para fundar sus propias decisiones futuras. Pero la coherencia en el tiempo de las decisiones de cada juez (siempre que se pueda alcanzar: un juez puede reformular su propio sistema moral, si entiende que se ha equivocado en el pasado) no parece suficiente para garantizar la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones o de las soluciones de los conflictos

---

<sup>24</sup> Las críticas que presento a las posiciones objetivistas (y en particular a las racionalistas) no impiden que tales posiciones puedan desarrollar un papel muy útil como críticas externas (*à la* Ferrajoli) de la decisión y de la justificación judiciales.

(que, según una opinión muy común, constituyen algunos de los objetivos más relevantes de la organización jurídica).

Pero esta tesis (y la primera y la segunda que a ella son reducibles) podría tener un alcance más limitado. En vez de afirmar que la justificación última de las decisiones judiciales debe estar constituida por una norma moral, podría interpretarse en esta manera más limitada: en todas las ocasiones en las cuales un juez debe justificar la elección entre tesis –interpretativas o de hecho– todas ellas admisibles desde un punto de vista jurídico<sup>25</sup>, debería escoger la opción que esté justificada por una norma moral (y no por un principio metodológico, un interés personal, una norma de la moral positiva, un criterio compartido en la cultura jurídica, etcétera), al menos en última instancia.

También con este alcance más limitado<sup>26</sup>, tal posición “moralista” del neoconstitucionalismo conlleva algunos problemas: si las elecciones del juez están justificadas por

---

<sup>25</sup> En otras palabras, en tales ocasiones el fundamento último de la decisión sigue siendo una norma jurídica, y los pasos principales de la justificación judicial continúan haciendo referencia a normas jurídicas.

<sup>26</sup> Limitado, pero no demasiado: toda justificación judicial presenta opciones, y por tanto un abanico de decisiones jurídicamente posibles.

sus *creencias* morales (y no por un principio metodológico, un interés personal, una norma de la moral positiva, un criterio compartido en la cultura jurídica, etcétera), nada impide que tales creencias sean moralmente incorrectas, o contrarias a los valores morales compartidos por la comunidad, o contrarias a criterios aceptados por la cultura jurídica, etcétera. ¿Cuál sería entonces la razón para empujar a los jueces a justificar de esa manera sus decisiones? Dado que, *ceteris paribus*, la justificación de una decisión judicial basada en una norma moral elegida por el juez comporta un grado mayor de indeterminación del derecho respecto a otros tipos de justificación (relativa y no absoluta), no veo entonces razones para atribuir una preferencia generalizada a la justificación “moral” respecto a los otros tipos posibles.

También elegir la cuarta solución (la del juez “sociólogo” de la moral positiva) comporta problemas epistemológicos para el juez, si bien no tan graves como en las soluciones precedentes. Los jueces, de hecho, generalmente no poseen los instrumentos necesarios para precisar cuáles son las normas de la moral de un país. Y si los obstáculos epistemológicos son demasiados serios, entonces también la cuarta solución sería reducible a la tercera.

Pero supongamos que, al menos a veces, los jueces puedan superar los problemas epistemológicos. Quedan, sin embargo, dos tipos de problemas:

- el primero es que no exista homogeneidad moral en la sociedad, o sea normas morales compartidas (como es habitual en las sociedades contemporáneas);
- el segundo es que las normas morales compartidas estén ya incorporadas en reglas o principios jurídicos.

En el primer caso, la cuarta solución es reducible a la tercera (el juez debe elegir la norma moral que prefiera). En el segundo caso —que suele ser una hipótesis de los neoconstitucionalistas— la justificación moral es coextensiva a la justificación jurídica, y se convierte en totalmente inútil.

En los casos en los que la justificación basada en una norma moral es posible y no inútil, la cuarta solución recomienda al juez que decida y justifique su decisión basándose, en última instancia, en una norma moral positiva. Si bien la adopción de ésta última solución no garantiza de hecho la corrección moral de la justificación judicial (la moral positiva, de hecho, bien podría contradecir la moral crítica, y no nos es posible saberlo),

parece sensato realizarla en muchas ocasiones, en las cuales los procedimientos que permiten la “juridificación” de las normas morales compartidas no funcionan, o no funcionan bien (dictaduras, dominio de pequeños grupos, manipulación del consenso, etcétera). Esta solución atribuiría al juez un papel “democrático”, de modo que pueda suplir las carencias de los mecanismos democráticos tradicionales, y “transforme” la moral positiva en derecho.

Pero en situaciones en las cuales los mecanismos democráticos de formación de la ley funcionan más o menos bien, tal solución<sup>27</sup> favorece una particular versión (dirigida a los jueces y no solo al legislador, como proponen por lo demás los defensores del *enforcement of morals*) de la tesis según la cual el derecho debe convertir en vinculante la moral positiva. Desde mi punto de vista moral, que podría en cierto sentido definirse como “liberal”, contra esta tesis valen las bien conocidas objeciones de Hart<sup>28</sup> en el debate con Lord

---

<sup>27</sup> Aún si la tomamos en consideración en su alcance más limitado, según el cual se debe recurrir a las normas morales solo para escoger entre opciones jurídicamente admisibles. Existen además casos en los que es la misma ley la que obliga al juez a fundar su decisión en normas, o *standards*, tomados de la moral positiva.

<sup>28</sup> Cfr., sobre todo, H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Stanford, Stanford University Press, 1963.

Devlin. Pero para ilustrar estas objeciones se necesitaría obviamente otro ensayo<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Para un primer examen de la polémica Hart-Devlin, cfr. J. Malem, “La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart”, en R. Vázquez (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998, págs. 59-79. Este volumen constituye una excelente introducción crítica al debate contemporáneo sobre las relaciones entre derecho y moral, también en el ámbito del neoconstitucionalismo.



# NEOCONSTITUCIONALISMO Y CONSTITUCIONALISMO

(A propósito de “Constitucionalización y  
Neoconstitucionalismo” de Paolo  
Comanducci)

*M<sup>a</sup> Ángeles AHUMADA*

**Constitucionalismo:** “nombre dado a la confianza que los hombres depositan en el poder de las palabras escritas en pergamino para tener al gobierno bajo control”. Walton H. Hamilton, *Encyclopedia of the Social Sciences* (1935)

## 1. “Neoconstitucionalismo”

En “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo” Paolo Comanducci examina algunas consecuencias de la afirmación del neoconstitucionalismo, una doctrina, explica, que se desarrolla en Europa en los últimos treinta años en íntima conexión con el fenómeno de la “constitucionalización del derecho” y se encuentra hoy en pleno proceso de expansión.

El neoconstitucionalismo, advierte Comanducci, no es simplemente una corriente doctrinal que teoriza y defiende la nueva forma de constitucionalismo que se instala en Europa en la segunda mitad del siglo XX con las constituciones de la segunda posguerra. En su versión más “integral”, el neoconstitucionalismo contiene toda una declaración de principios: proclama el cambio de paradigma jurídico y se postula como la teoría del derecho de la nueva era que deja atrás tanto al positivismo jurídico como al iusnaturalismo. En esto radica su principal novedad y, según opiniones, su mayor atractivo o su peligroso potencial<sup>1</sup>.

Comanducci revisa críticamente las premisas y derivados del neoconstitucionalismo, una construcción a cuya identificación y caracterización ha contribuido de modo principal. A su juicio, sin ignorar los aportes de este enfoque a la teoría del Estado y de la

---

<sup>1</sup> “Un nuevo fantasma recorre Europa –el fantasma del neo-constitucionalismo. Los poderes de la cultura jurídica europea han entrado en una santa alianza no para exorcizarlo sino para defenderlo e incluso exportarlo: jueces y abogados, académicos y profesores de derecho, intelectuales italianos y filósofos alemanes [...] promete libertad e igualdad, pero pone en peligro nuestra capacidad para autogobernarnos democráticamente y el Estado de Derecho como gobierno de las leyes, y no de hombres y mujeres”, F. Atria, “La ironía del positivismo jurídico”, *Doxa*, num. 27 (2004) pág. 118.

Constitución, en tanto que doctrina que aspira a determinar el modo de análisis, interpretación y aplicación del derecho, el neoconstitucionalismo incurre en las mismas viejas inconsecuencias del iusnaturalismo. De hecho, en algunos de sus desarrollos podría resultar más insidioso, como sucede con cierto discurso de los derechos que apenas disfraza el discurso moral, o con la invocación de las aspiraciones constitucionales para encubrir lo que no son sino preferencias ideológicas. Su conclusión, en pocas palabras, es que el neoconstitucionalismo contiene una falsa promesa de derecho “mejor” o “más justo”. Como pretende demostrar, lo único cierto es que, bajo las premisas de esta doctrina, el derecho —y no sólo el derecho que está en la Constitución— pierde consistencia para hacerse indeterminado e incierto, sin que quepa compartir, como postula la propuesta “neoconstitucional”, que la solución pasa por aceptar el nuevo protagonismo de jueces y doctrina.

En la descripción de nuestro autor, el neoconstitucionalismo es considerado una variante o desarrollo del constitucionalismo, del que se distinguiría por el debilitamiento o la pérdida de ciertos rasgos característicos. Así, en el neoconstitucionalismo el fin de la limitación del poder habría pasado a un segundo plano, mientras la garantía de los dere-

chos fundamentales se convierte en el gran y principal objetivo. Frente al constitucionalismo que reconoce amplio espacio a la ley, el neoconstitucionalismo estaría colaborando, en la teoría y en la práctica, a la construcción y justificación de un tipo de Constitución “total”, repleta de contenidos materiales, llamada a situarse en el centro del ordenamiento y destinada a dirigir en todo momento la actuación de los poderes y orientar las políticas públicas<sup>2</sup>. Por último, deliberadamente o no, esta nueva forma de constitucionalismo habría terminado por poner en cuestión algunas premisas que se daban por bien establecidas, implícitas en la noción de Estado de Derecho, con repercusión sobre cuestiones básicas tales como las reglas de interpretación de las normas jurídicas o los límites de la función de juzgar<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Comanducci no emplea la expresión “Constitución total” pero introduce la discusión generada en torno a este concepto. Sobre la noción de “constitución total” y la crítica a la constitución invasiva puede verse últimamente Mattias Kumm, “Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law”, *German Law Journal*, vol. 7, n. 4 (2006), págs. 341-369.

<sup>3</sup> Esta misma percepción y preocupación está bien presente en el conocido trabajo de Ernst Wolfgang Böckenförde, “Origen y cambio del concepto del Estado de Derecho”, incluido en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (trad. R. Agapito), Trotta, Madrid (2000).

¿Queda claro, entonces, de qué se trata cuando se habla de “neoconstitucionalismo”? Esta es otra cuestión. Ciertamente que la caracterización ofrecida por Comanducci hace pensar enseguida en algunos sistemas constitucionales (señaladamente, Alemania) y ciertas posiciones doctrinales (seguramente, Alexy) como expresiones de “neoconstitucionalismo” aunque, para decirlo todo, sólo al precio de plantear a continuación la duda de cómo llamar al constitucionalismo actual que no encaja en esa categoría ni parece responder a lo que en el ensayo se toma por constitucionalismo a secas. Desde luego que el constitucionalismo posterior a la segunda guerra mundial incorpora novedades y tiene rasgos característicos. Eso es algo que nadie discute. Pero si buscamos la explicación para este cambio, la identificación de los factores que lo impulsan, el análisis de sus repercusiones en el diseño y funcionamiento de los sistemas constitucionales del presente, la consideración de las influencias cruzadas... el “neoconstitucionalismo” no es una respuesta. Seguramente tampoco lo pretende. En efecto, no parece que el término se haya acuñado para referirse de manera genérica al “constitucionalismo contemporáneo”, un uso que resultaría trivial<sup>4</sup>. Sin embargo, si lo que se quiere es

---

<sup>4</sup> En perspectiva histórica, todos los constitucionalismos propios de una época son “nuevos”

aludir específicamente a “un tipo” de constitucionalismo contemporáneo —tal y como se desarrolla en unos cuantos países, tal y como es descrito, pensado o defendido por ciertos autores— la etiqueta, a falta de mayor concreción, es equívoca. Al menos para los no iniciados.

¿Y entre los iniciados? Comanducci se refiere de pasada al éxito del término, cuyo uso se ha extendido hasta hacerse común, o por lo menos suficientemente conocido y familiar, entre filósofos del derecho. No obstante, también en este ámbito especializado persisten algunas incertidumbres en cuanto a qué nombra exactamente el “neoconstitucionalismo”. Una diminuta investigación para comprobar hasta qué punto la noción que Comanducci emplea coincide con la que otros colegas acogen, arroja resultados ambiguos. Veamos.

---

respetto de los de la época anterior. Ninguno de ellos se ha consolidado, sin embargo, como neoconstitucionalismo. Comparto la opinión de Fioravanti de que no ha habido nunca “un” constitucionalismo que permita reconstruir una historia “del” constitucionalismo. Cada época produce sus doctrinas constitucionales. M. Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, (trad. Martínez Neira)Trotta, Madrid (2001), en págs. 12-13.

En “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”<sup>5</sup> Susanna Pozzolo propone llamar neoconstitucionalismo a cierto enfoque del derecho, compartido por un grupo de iusfilósofos que coinciden en poner el acento en ciertas nociones (principios *vs.* normas, ponderación *vs.* subsunción) y en desplazar su atención de la ley a la constitución y del legislador al juez. Según esta autora, “aquello que distingue a la doctrina neoconstitucionalista es la adopción de un peculiar modelo constitucional“, el “modelo axiológico de la constitución concebida como norma”, conforme al cual la autoridad y carácter vinculante de la constitución remiten a una justificación de carácter moral, que se halla en los contenidos de esta norma. “La doctrina neoconstitucionalista”, en consecuencia, “rechaza... la adopción de un modelo descriptivo de la norma constitucional” puramente positivista<sup>6</sup>. Mauro Barberis en “Neoconstitucionalismo, democracia e impe-

---

<sup>5</sup> *Doxa*, núm. 21-II (1998) págs. 339-353.

<sup>6</sup> En el modelo descriptivo, según esta autora, la constitución es concebida como un grupo de reglas jurídicas positivas que se consideran superiores o fundamentales respecto de las demás reglas. En la medida en que esta concepción no ofrece una “real justificación” (una razón moral) para actuar conforme a la constitución, el neoconstitucionalismo la considera insatisfactoria. *Op. cit.* en pág. 344.

rialismo de la moral” identifica el neoconstitucionalismo con una posición filosófico-jurídica que combate al positivismo con las armas y argumentos del constitucionalismo y que combina elementos del iusnaturalismo y del llamado iuspositivismo inclusivo. Como movimiento iusfilosófico, el neoconstitucionalismo habría comenzado a fraguarse en los años sesenta para adquirir carta de naturaleza ya en los setenta con un hito en la célebre polémica Dworkin-Hart. Desde entonces el neoconstitucionalismo gana terreno favorecido por el fenómeno de la progresiva “constitucionalización” del derecho<sup>7</sup>. Alfonso Ruiz Miguel ha explicado<sup>8</sup> que “neoconstitucionalismo” es el nombre que a veces se da a la versión del constitucionalismo encarnada en el “Estado *constitucional* de Derecho”, un modelo constitucional caracterizado por la rigidez constitucional y el control (externo, normalmente judicial) de constitucionalidad. El término vendría a denotar lo que este modelo de Estado tiene de progreso y triunfo del ideal constitucional y de culminación del camino emprendido por el

---

<sup>7</sup> M. Barberis, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, trad. S. Sastre, en *Neoconstitucionalismo(s)*, M. Carbonell (ed.), Madrid, Trotta (2003) págs. 259-278. Una reconstrucción de la génesis del “neoconstitucionalismo” en págs. 260-262.

<sup>8</sup> En “Constitucionalismo y Democracia”, *ISONOMÍA*, num. 21 (octubre 2004), pág. 53

anterior y más imperfecto “Estado *legal* (o legislativo) de Derecho”. Luis Prieto Sanchís, no ha tenido inconveniente en equiparar “neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o constitucionalismo a secas” cuando se emplean para denominar una “presuntamente nueva cultura jurídica”<sup>9</sup>. En cuanto al modelo constitucional al que se conectan, ha empleado en algunas ocasiones la expresión “constitucionalismo de los derechos” como alternativa, probablemente más cierta, a la de “Estado constitucional de Derecho”, toda vez que apunta directamente al foco desde el que se propaga el llamado efecto irradiante de las nuevas constituciones, rasgo distintivo de este constitucionalismo<sup>10</sup>.

A la vista está que “neoconstitucionalismo” es, según el caso, el nombre que recibe una corriente de pensamiento iusfilosófico, un enfoque (*approach*) jurídico, una nueva cultura jurídica o un nuevo paradigma jurídico, un modelo de Estado, una forma de constitucionalismo, significados que no son necesariamente concurrentes. En parte para

---

<sup>9</sup> En “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, recogido en *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima (2002) pág. 109.

<sup>10</sup> L. Prieto Sanchís, “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 71 (2004) págs. 47-72.

aclarar los términos, en parte para ordenar su crítica, Comanducci sugiere distinguir entre neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico. La tripartición —y ulteriores distinciones en su seno— seguramente ayuda a resaltar el contraste entre neoconstitucionalismo y positivismo. Sin embargo, me parece que es menos exitosa a la hora de clarificar la relación entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo<sup>11</sup>.

Hay otros aspectos llamativos en el comentario al neoconstitucionalismo. Por un lado está el dato de que la identificación y caracterización de esta doctrina se deba sobre todo, si no exclusivamente, a sus críticos<sup>12</sup>. Por otro lado, seguramente una consecuencia de lo

---

<sup>11</sup> Comanducci no intenta una paralela distinción entre constitucionalismo teórico, ideológico y metodológico, que tendría poco sentido.

<sup>12</sup> “‘Neoconstitucionalismo’ es una etiqueta que, a finales de los años noventa del siglo pasado, unos integrantes de la escuela genovesa de teoría del derecho (Susana Pozzolo, Mauro Barberis y yo mismo) comenzaron a utilizar para clasificar y criticar, algunas tendencias post-positivistas de la filosofía jurídica contemporánea, que presentan rasgos comunes, pero también diferencias entre sí”, Comanducci en la nota 2 del trabajo que comentamos (la cursiva es mía). García Figueroa en “El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo” (2006), se fija en el dato de que comúnmente las “reconstrucciones” del neoconstitucionalismo han estado destinadas “paradójicamente... a destruir a continuación el modelo”

anterior, los que se tienen por referentes del neoconstitucionalismo, sus autores más representativos, ni se presentan ni se reconocen a sí mismos en tal condición. De hecho, en un contexto distinto, al margen del debate del neoconstitucionalismo, no sería tarea sencilla establecer la conexión que liga las posiciones de estos autores: la proximidad y las coincidencias entre Dworkin, Ferrajoli, Alexy, Nino, Campbell o Zagrebelsky, no son evidentes<sup>13</sup>. Que todos sean filósofos o teóricos del derecho, esto es, que en la nómina de los referentes del neoconstitucionalismo no haya

---

frente a lo cual, como novedad, plantea su trabajo como de “reconstrucción constructiva”, pág. 267.

<sup>13</sup> A esta relación de autores mencionados por Comanducci, otros comentaristas añaden a Habermas, Raz, Rawls o Coleman. Resulta curioso que el neoconstitucionalismo, doctrina de raíz europea, tenga en Dworkin, un filósofo genuinamente americano en el tratamiento del constitucionalismo y en su visión del derecho, un referente principal. Pese a la insistencia en incluir a Ferrajoli entre los neoconstitucionalistas, este autor prefiere definirse como “positivista crítico” y marca claramente las distancias con cualquier doctrina no-positivista, tendencialmente iusnaturalista, a la manera de Dworkin o Alexy. Así, en la discusión recogida en L. Ferrajoli, J.J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid (2008), en págs. 47, 143 y especialmente 168-171. Sobre lo variopinto del club de los nombrados neoconstitucionalistas, S. Pozzolo, cit. en pág. 339 o A. García Figueroa, cit. en pág. 267.

constitucionalistas, politólogos o historiadores, no parece cosa de azar<sup>14</sup>.

A la vista de todo lo anterior, una conclusión preliminar podría ser la de que “neoconstitucionalismo” es, en primer lugar, un término acuñado para introducir y plantear en el terreno de la filosofía jurídica una discusión a propósito de los desafíos que diversos aspectos del funcionamiento de los sistemas constitucionales actuales lanzan a la teoría del derecho “tradicional”. Efectivamente, las cambiantes prácticas constitucionales y de gobierno demandan teorías que las expliquen, justifiquen y legitimen y, por supuesto, mientras se consolidan, están particularmente expuestas a ser criticadas, combatidas y deslegitimadas. El neoconstitucionalismo parece servir como término genérico para referirse a todas aquellas teorías explicativas y justificativas de ciertas prácticas constitucionales que, en conjunto (y para abreviar),

---

<sup>14</sup> Efectivamente, Gustavo Zagrebelsky es un reconocido y excelente constitucionalista, pero lo cierto es que su entrada en la órbita neoconstitucionalista es debida fundamentalmente a una obra suya “atípica”, *Il diritto mitte*, considerada por muchos, al cabo del tiempo, verdadero manifiesto del neoconstitucionalismo. Interesante comparar los comentarios a este pequeño ensayo de F. Rubio Llorente, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 40 (1994) y L. Prieto Sanchís, en *Anuario de Filosofía del Derecho* num. XIII, 1996-1997.

alientan un tipo de constitucionalismo fuertemente judicialista y judicializado, fundamentalista en materia de definiciones y derechos, y más o menos abiertamente desconfiado con el principio de la mayoría. Si se ve así, el neoconstitucionalismo como tal no es “un tipo” de constitucionalismo, ni tampoco, propiamente, un modelo de Estado constitucional. El término designaría a una variedad de racionalizaciones *post hoc* de prácticas constitucionales del presente. Evidentemente, hay un importante componente ideológico en toda construcción doctrinal que se ocupe de cuestiones de justificación y legitimidad en el plano constitucional. Es inevitable. Después de todo, el diseño de cualquier sistema constitucional responde a un ideal de buen gobierno que se refleja en la Constitución y al que se acomoda o debiera acomodarse la práctica constitucional<sup>15</sup>.

Se comprende muy bien que teóricos y filósofos del derecho concentren su atención

---

<sup>15</sup> No me refiero exclusivamente a las opciones “dogmáticas” de las constituciones. Es aceptado que ni las fórmulas para la separación y división de poderes y funciones, ni los procedimientos para la adopción de decisiones están desprovistos de “ideología”. Efectivamente hablar de “un” ideal es simplificar. En todo sistema constitucional conviven múltiples visiones acerca de lo políticamente deseable y de lo constitucionalmente adecuado.

en aquellos aspectos del funcionamiento de los sistemas constitucionales que más directamente entroncan o conectan con sus preocupaciones científicas: sea en relación con el estudio de las fuentes del derecho, el análisis de las normas y relaciones entre normas, el proceso de creación y aplicación del derecho, la interpretación jurídica, el fundamento de la autoridad del derecho en general, de la constitución en particular, etc. Pero es claro también que esos no son los únicos temas del constitucionalismo. Politólogos, constitucionalistas, historiadores de diversas corrientes y tendencias también los analizan bajo su punto de vista experto y se detienen en otros aspectos desatendidos por los iusfilósofos. Quizá sea por esto, porque las cuestiones constitucionales llamativas para el “neoconstitucionalismo” no agotan los temas y las perspectivas de estudio del constitucionalismo, por lo que el pretendido contraste entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo resulta equívoco y confuso para quien no participa en la discusión en clave de teoría o filosofía del derecho.

En los siguientes apartados comentaré brevemente algunos problemas destacados por Comanducci en su descripción y crítica del neoconstitucionalismo, en la medida en que son también analizados desde la perspectiva o el enfoque del derecho constitucional. Sospe-

cho que, con alguna frecuencia, la dificultad para atraer los distintos puntos de vista al mismo plano de discusión procede del puro desencuentro terminológico.

## 2. Neoconstitucionalismo y constitucionalismo

La distinción entre neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico la toma Comanducci de Bobbio, quien la empleó para orientar la discusión sobre los diferentes sentidos y modalidades del positivismo. Seguramente es eficaz para marcar el contraste entre neoconstitucionalismo y positivismo, aunque no todos la consideren rigurosa<sup>16</sup> y, como el propio Comanducci reconoce, resulte algo forzada en el caso del neoconstitucionalismo metodológico. Trasladada al constitucionalismo, y en el terreno del derecho constitu-

---

<sup>16</sup> “He de confesar que esta distinción de Bobbio nunca me ha convencido del todo. En ella, extrañamente, no se habla nunca de la constitución ni, por consiguiente, del deber ser jurídico o constitucional de la legislación. Según Bobbio, el derecho válido se identifica con el “derecho que es”; y éste, a su vez, se identifica de modo unidimensional, con el derecho legislativo... se trata, a mi manera de ver, de una concepción del positivismo jurídico que refleja la estructura del estado legislativo de derecho, pero no la mucho más compleja del estado constitucional de derecho”, L. Ferrajoli en *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, cit., págs. 168-169.

cional, la tripartición es perfectamente exótica. Ciertamente que de constitucionalismo se habla en muchos sentidos y, de hecho, hay muchos constitucionalismos, pero es difícil reconducirlos a esa categorización<sup>17</sup>. El paralelismo que propongo a continuación atiende a los problemas constitucionales destacados por Comanducci en relación con cada uno de los tres sentidos (teórico, ideológico y metodológico) del neoconstitucionalismo y mi comentario se limita a poner de relieve la coincidencia, el contraste o la contraposición con una perspectiva de derecho constitucional. Tómese como un modesto intento de navegar sobre el desalentador “*lost in translation*” interdisciplinar.

## 2.1. Neoconstitucionalismo teórico y derecho constitucional

Lo que en el ensayo se identifica como “neoconstitucionalismo teórico” me parece básicamente indistinguible del corriente derecho constitucional que se ocupa del estudio de los sistemas constitucionales del presente, tanto de los que cuentan con constituciones normativas como de los que carecen de ellas.

---

<sup>17</sup> Por ejemplo, sobre las acepciones del término “constitucionalismo”, F. Rubio Llorente en M. Aragón (coord.), *Temas Básicos de Derecho Constitucional I*, Civitas, Madrid (2001), págs. 28-30.

La distinción que Comanducci propone entre seguidores del “modelo descriptivo” y “modelo axiológico” de constitución como norma, sus consideraciones sobre los distintos enfoques a propósito de la interpretación constitucional, remiten a una temática bien conocida de la teoría constitucional, donde es habitual, dentro del estudio de las fuentes del derecho, dedicar espacio aparte a las especialidades de la constitución normativa.

La cuestión de si la Constitución es un marco normativo abierto y neutral o, por el contrario, establece un sistema material de valores es, en este contexto, un tópico de discusión recurrente —en Europa, básicamente por influencia de la jurisprudencia y dogmática constitucional alemana—, que normalmente se acompaña del análisis de la jurisprudencia constitucional de referencia. Porque todos los países que han adoptado Constituciones normativas custodiadas por tribunales constitucionales tienen invariablemente sus “casos fundacionales” sobre esta materia<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Sólo a título de ejemplo y limitándome al caso español, la llamada de atención sobre las especialidades de una Constitución normativa en general y de la constitución española en particular era el tema del justamente famoso artículo de A. Nieto “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública* núm. 100-102 (1983). Se ocupa del debate sobre

Se trata, en cualquier caso, de una discusión de largo alcance que ni está cerrada ni tiene visos de cerrarse alguna vez por completo, como sucede con otros tópicos de discusión de la teoría constitucional como —y cito sólo a título de ejemplo— la cuestión de los métodos de la interpretación constitucional, el alcance de la garantía constitucional de los

---

las visiones de la Constitución como norma abierta y como sistema material de valores M. Aragón en “El control como elemento inseparable del concepto de constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional* num. 17 (1987). La polémica entre “visiones” de la Constitución llegó a escenificarse a raíz del comentario de I. de Otto al conocido trabajo de García de Enterría “La Constitución como norma jurídica” (Aragón alude al episodio en el artículo citado). La falta de entusiasmo por el traslado de teorías de valores a la Constitución la expresan abiertamente algunos magistrados del primer Tribunal Constitucional, por ejemplo Tomás y Valiente en su voto particular a la sentencia 53/1985 donde advierte contra la importación de “peligrosas jerarquizaciones axiológicas, ajenas... al texto de la Constitución”. En esa primera etapa y después, la referencia a la Constitución como marco de coincidencias suficientemente amplio para acoger ideologías de muy diverso signo, ha sido constante. La excelente recapitulación de la historia de la polémica alemana sobre el modelo de Estado en la Constitución y la construcción del *Verfassungsstaat* (o del *Richterstaat*) que hace Luis M. Cruz en *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada (2005), se ocupa de esta discusión bien familiar para los estudiosos del derecho constitucional europeo; más original es su presentación como “un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo”.

derechos fundamentales, o la relación entre jurisdicción constitucional y democracia. En todas estas cuestiones, aun cuando la respuesta que se favorece, o el enfoque que se prefiere, a menudo presuponen una toma de posición, no ha sido común en derecho constitucional, al menos hasta donde conozco, identificar las posiciones enfrentadas como neoconstitucionalismo y constitucionalismo. Ninguna objeción al empleo de la etiqueta, que creo, sin embargo, que aporta poco. En la medida en que el constitucionalismo encarna la ortodoxia y el neoconstitucionalismo la pérdida de coherencia, ¿quién se reclamaría “neoconstitucionalista”? O, al contrario, en otro sentido, en la medida en que el neoconstitucionalismo se asocia con el análisis de la teoría y práctica constitucional de nuestro tiempo, ¿qué verdadero constitucionalista podría dejar de ser “neoconstitucionalista”?

Respecto a la identificación del neoconstitucionalismo teórico como nueva teoría del derecho, sustitutiva de la vieja teoría positivista basada en la ley, la impresión es que se trata de una tesis aún por probar. Comanducci indica que el constitucionalismo tradicional nunca se presentó como teoría del derecho, ¿de dónde se deduce que esto ha cambiado en el constitucionalismo actual? Aunque el advenimiento de las constituciones normativas trastoca el sistema de los ordenamientos basa-

dos en los códigos, típico de la Europa continental, y nadie sostendría seriamente que el gran cambio acontecido consiste en que la pirámide normativa ahora tiene un peldaño más, lo cierto es que las relaciones entre normas en los sistemas jurídicos con constituciones normativas siguen rigiéndose básicamente por los mismos criterios clásicos de ordenación y solución de conflictos<sup>19</sup>. Las Constituciones normativas en Europa aspiran a imponerse como normas supremas, pero no son el “big-bang” de los ordenamientos. Los procesos de constitucionalización, según países, son más o menos rápidos, intensos y completos dependiendo de múltiples factores, sobre todo no jurídicos. Sin olvidar que las Constituciones despliegan su eficacia de distinto modo según se enfrenten al derecho anterior (preconstitucional) o posterior a ellas.

Ni siquiera el imprescindible principio de la “interpretación conforme” ha alterado esencialmente el modo de interpretación de las normas jurídicas. Como es corriente explicar,

---

<sup>19</sup> De acuerdo con el famoso pasaje de *Marbury vs. Madison*, el juez que ha de decidir cuál es el derecho (dentro de *un* sistema jurídico) que rige una situación concreta sigue acudiendo a los clásicos criterios jerárquico, cronológico y de especialidad para decidir la norma que prima entre varias aplicables. Por supuesto, determinar cuál es el derecho aplicable todavía no es decidir un litigio. Las complejas cuestiones que plantea la interpretación en contexto de las normas no son nuevas.

la interpretación conforme no consiste ni en un método ni en un criterio de interpretación, sino en lo que se ha dado en llamar una "directiva de preferencia" (no impone "una" interpretación, sino la preferencia por cualquier interpretación jurídicamente correcta no contraria a la norma superior)<sup>20</sup>. El peculiar desarrollo en Europa de este principio no se puede entender cabalmente si se prescinde del dato de la consolidación en esta región del llamado "privilegio jurisdiccional" de la ley, que la hace inmune a la inaplicación por los jueces ordinarios (*judge-proof*), al menos por razón de inconstitucionalidad. De hecho, una buena porción de las especialidades del control de constitucionalidad en el marco del sistema de los Tribunales Constitucionales, es debida precisamente a la subsistencia del "principio de legalidad" como principio previo e independiente del principio de constitucionalidad<sup>21</sup>. La interpretación de la

---

<sup>20</sup> Por todos, J. Jiménez Campo, "Interpretación conforme a la constitución", en *Temas Básicos de Derecho Constitucional I*, págs. 60-64.

<sup>21</sup> Algunas de esas "especialidades" son verdaderas excentricidades. Por ejemplo, el Tribunal español ha entendido que la inaplicación judicial (por razones de inconstitucionalidad) de una ley que efectivamente se demuestra inconstitucional, es lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto derecho que comprende el "derecho" a que el juez ordinario decida el litigio aplicando el derecho "conforme al sistema de fuentes". Es decir, existe un derecho *fundamental* a la aplicación

constitución tiene especialidades respecto de la interpretación de las leyes, no sólo y ni siquiera principalmente porque se trata de una fuente de derecho de origen distinto a la ley sino, sobre todo, porque la Constitución es un conjunto normativo compuesto por normas de distinto tipo y muy diverso contenido que, no obstante las inevitables tensiones internas, deben ser en todo momento consideradas como elementos integrados de una unidad dotada de sentido<sup>22</sup>. En cualquier caso, la teoría de la Constitución no agota la teoría del derecho y, no obstante el considerable interés por las teorías de la argumentación judicial, la teoría del derecho tampoco se reduce a teoría de la aplicación judicial del derecho.

Comanducci ha llamado la atención sobre los cambios que experimenta el dominio jurídico en Europa y en otras partes del mundo

---

de la ley, pero no a “que no se aplique” una ley que contraviene la Constitución. Así en STC 23/1988. Más aberrante, la STC 159/1997.

<sup>22</sup> Como indicara el Tribunal Constitucional Federal alemán en el famoso *Caso Suroeste*: “Un precepto constitucional concreto no puede ser considerado como una cláusula aislada e interpretarse por separado. La Constitución tiene una unidad interna, y el significado de cualquiera de sus partes está ligado al de otros preceptos. Tomada como una unidad, la Constitución refleja ciertos principios capitales y decisiones fundamentales a los que se subordinan los preceptos concretos” 1 BVerfGE (1951) pág. 14.

como consecuencia de la confluencia de dos fenómenos: el proceso de constitucionalización del derecho y la afirmación del neoconstitucionalismo. Es una introducción sugerente y eficaz para el planteamiento de una variedad de cuestiones importantes de la teoría del derecho que, en la medida en que tocan a los fundamentos del sistema jurídico, son también cuestiones constitucionales. Si estamos, como algunos sostienen, ante un cambio de paradigma jurídico, si éste es el tiempo del neoconstitucionalismo, está por ver<sup>23</sup>.

Lo que parece fuera de duda es que algunos de los rasgos que en el pasado caracterizaron a la tradición jurídica llamada de “civil law” o de “derecho codificado”, propia de la Europa continental, se están disolviendo<sup>24</sup>. La irrupción de las constituciones normativas y la consiguiente “constitucionalización” del derecho han contribuido a esa disolución, pero el proceso había comenzado antes y a mayor escala merced a la progresiva descodificación, al avance del federalismo, y prosigue impulsado por otros desarrollos de multiplicación y superposición de sistemas y

---

<sup>23</sup> No es seguro que exista acuerdo sobre el paradigma jurídico de referencia.

<sup>24</sup> Sobre la cuestión, J. Merryman, *The Civil Law Tradition*, Stanford University Press (2007), especialmente el Capítulo XX.

subsistemas normativos como consecuencia de la proliferación de focos normativos y de la integración de los Estados en organizaciones supraestatales —en el caso europeo, señaladamente, la Unión Europea. El estatismo, el legicentrismo, el formalismo interpretativo, pertenecen, como advierte certeramente Comanducci, al escenario de otro tiempo. Un tiempo, por cierto, al que también corresponden una manera de concebir la función del juez (estrictamente subordinado a la ley), de reconstruir el proceso de decisión de casos (en la forma del famoso silogismo judicial), de considerar el valor de la jurisprudencia (como fuente de derecho auxiliar o secundaria). En el panorama jurídico actual donde, no sólo como consecuencia de la constitucionalización del derecho, los sistemas jurídicos crecen en complejidad, los jueces han dejado de ser actores secundarios para asumir un papel principal en el proceso legal. Por no hablar del caso de los muy especiales tribunales constitucionales, singulares observadores-participantes de la política constitucional.

## 2.2. Neoconstitucionalismo ideológico y constitucionalismo democrático

La caracterización del “neoconstitucionalismo ideológico”, me parece, no se hace más clara recurriendo a terminología de

precisión, pero inusual —“neoconstitucionalismo de los contrapoderes”, “neoconstitucionalismo de las reglas”. Si de lo que se trata, al fin, es de analizar críticamente algunos desarrollos o aspectos del funcionamiento del modelo de Estado constitucional que convencionalmente se asocia con el constitucionalismo democrático, podemos ahorrarnos una parte de la discusión sobre aproximación al concepto con solo dar por buena la terminología más familiar entre constitucionalistas y politólogos<sup>25</sup>. Por supuesto que, en cuanto a sus implicaciones, también el “constitucionalismo democrático” es un concepto discutido, pero no se puede negar que tiene la ventaja de ser cándidamente descriptivo de su objeto —la combinación de constitucionalismo y democracia. Probemos entonces a encajar la discusión que Comanducci propone a propósito de los principios constitucionales, el recurso a la técnica de la ponderación y el fin de la certeza del derecho, en el marco del análisis del modelo de Estado constitucional del constitucionalismo democrático, también llamado en ocasiones Estado constitucio-

---

<sup>25</sup> “...la ideología constitucionalista... se caracteriza justamente por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de derecho, que se ha afirmado progresivamente en Occidente y que va expandiendo su influencia en vastas zonas del mundo”, Comanducci, en el texto que comentamos en págs. 95-96.

nal de Derecho y, en algunos desarrollos, *Verfassungsstaat*.

Las principales novedades que incorpora el constitucionalismo democrático frente a los sistemas basados en la soberanía del legislador se reflejan y traducen en derecho en las nuevas “constituciones democráticas”<sup>26</sup>. Esas novedades son expresivas de los cambios profundos que ha experimentado tanto la noción de “buen gobierno”, como la definición de las funciones, fines y tareas del Estado. El diseño al que responde el nuevo modelo de Estado constitucional es en buena medida la consecuencia práctica del cuestionamiento y consiguiente revisión de la concepción europea tradicional de Estado de Derecho como *Rechtsstaat* que encontraba reflejo y traducción en derecho en las anteriores constituciones (políticas) parlamentarias<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Llamadas así no porque se adopten democráticamente (ahí están los casos de Japón, Alemania o, de otro modo, Estados Unidos) sino porque son constituciones “instrumentales” para la democracia.

<sup>27</sup> Es interesante el contraste destacado por M. Fioravanti, *Constitución*, cit., págs. 160-164; o por L. Henkin, “A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects”, incluido en M. Rosenfeld ed. *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, Duke University Press (1994) págs. 39-42.

Nuestra llamada “Era de los Derechos”<sup>28</sup>, “Era de la Democracia”<sup>29</sup> o “Era del Constitucionalismo Mundial”<sup>30</sup> está marcada por el retorno de la política al derecho. Por una parte, las nuevas Constituciones se diseñan como instrumentos para la democracia: no se limitan a establecer una organización de los poderes del gobierno (el “frame of government”), sino que fijan las reglas básicas para su funcionamiento como democracia, única forma “legítima” del poder estatal<sup>31</sup>. Por otra parte, estas Constituciones democráticas no se detienen en el establecimiento de los procedimientos, sino que pretenden asegurar resultados. Las determinaciones básicas a propósito de los derechos considerados fundamentales —los propios de una sociedad democrática— no se fían al juego democrático, sino que se fijan de antemano en la constitución. En cumplimiento de

---

<sup>28</sup> *El tiempo de los derechos*, N. Bobbio (trad. R. de Asís) Sistema, Madrid (1991); *Age of Rights*, de Louis Henkin, Columbia University Press (1990).

<sup>29</sup> Richard H. Pildes en “The Supreme Court, 2003 Term—Foreword: Constitutionalization of Democratic Politics”, *Harvard Law Review* vol. 118 (2004), págs. 29 y ss.

<sup>30</sup> J. Ackerman, “The Rise of World Constitutionalism”, *Virginia Law Review*, vol. 83 (1997).

<sup>31</sup> Sobre la revisión del debate de la legitimidad, J. D’Aspremont, “Governments in the Age of Democracy”, *International Law and Politics*, vol. 38 (2006) págs. 877-916.

ésta, los poderes públicos se obligan, por supuesto, a respetar los derechos, no transgredirlos, salvaguardarlos, pero también a hacerlos eficaces y, según el caso, a potenciarlos, fortalecerlos, “optimizarlos” o, directamente, a proveerlos.

En el constitucionalismo democrático, el Estado es naturalmente activista e interventor. Esto no es exactamente una novedad si se tiene en mente el Estado administrador, proveedor de servicios o, más generalmente, de bienestar, o social. Sin embargo, ahora se trata de un tipo de intervención y activismo diferente. El constitucionalismo democrático busca el compromiso de todos, poderes públicos y ciudadanos, en el “buen gobierno” y al tiempo que señala a los ciudadanos como origen y destino del poder legítimo, reconoce al Estado la capacidad —mediante el instrumento del derecho— para orientar e impulsar la transformación de la sociedad, en el sentido de hacerla más democrática y más justa<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> “A mi modo de ver, el *Bill of Rights* [de la Constitución de Estados Unidos] y su interpretación actual están centrados en las libertades civiles individuales, en tanto que la Carta [canadiense] y otros instrumentos de derechos humanos del siglo veinte están más centrados en el equilibrio entre los derechos de los individuos y los de la sociedad, y en reconocer la importancia de la identidad de grupo y los valores de grupo. Más que documentos cuyo propósito primario es

Este fin justifica la interferencia de los poderes públicos en el ámbito de la autonomía privada y de las relaciones entre particulares. El gobierno es activista a la hora de hacer eficaces los derechos fundamentales que ya no se definen como puros derechos negativos, ni siquiera tratándose de derechos de libertad y, si se atiende al ámbito de su intervención, es apreciable cómo se difuminan las esferas de lo público y de las relaciones inter privados o, si se prefiere, cómo se borra la frontera, bien marcada en el primer constitucionalismo liberal, entre Estado y Sociedad.

Comanducci se refiere al “neoconstitucionalismo ideológico” como la doctrina que respalda el modelo de Estado constitucional del constitucionalismo democrático. Esto todavía no es decir mucho cuando no hay una, sino muchas formas de explicar y justificar la preferencia por la fórmula política del constitucionalismo democrático y su particular desarrollo en Europa y otras partes del

---

proteger a los individuos de las vulneraciones de su libertad por el Estado, la finalidad de estos otros documentos sobre derechos humanos es proteger la dignidad e igualdad de todas las personas y *asegurar que se respetan los atributos de las sociedades democráticas*”, Claire L’Hereux-Dubé: “The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court”, *Tulsa Law Journal*, vol. 34 (1998), págs. 35-36 (cursiva añadida).

mundo después de la Segunda Guerra mundial; y cuando son múltiples y a menudo contrastantes las doctrinas que se esfuerzan por teorizar el nuevo estado de cosas que funda esta forma de Estado constitucional. Un modelo constitucional, por lo demás, que desafía ideas y concepciones previas a propósito de la relación entre poderes, el sistema de fuentes del derecho o la “necesidad” de una jurisdicción constitucional especializada. Que el Estado constitucional de Derecho sea valorado como un admirable progreso, como perfeccionamiento y coronación del Estado de Derecho o, al contrario, como la reacción (incluso *overreaction*) frente a la temida, por probada, vulnerabilidad del Estado legal de Derecho, es uno de tantos aspectos del debate<sup>33</sup>.

El común acuerdo en la importancia de los derechos humanos considerados universales, el general reconocimiento de las virtudes de la democracia, la renovada fe en el proyecto del constitucionalismo escrito como instrumento

---

<sup>33</sup> Bien planteado, por ejemplo, en M. Rosenfeld, “The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy”, *Southern California Law Review*, vol. 74 (2001). A la condición del Estado constitucional de derecho como “acaso la más cabal realización” del Estado de Derecho se refiere L. Prieto en *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, cit. pág. 118.

de control del poder, explican el éxito de las Constituciones democráticas pero no son suficientes para eliminar los persistentes problemas de legitimidad del constitucionalismo democrático. El Estado constitucional liberal apostaba por limitar el poder del gobierno en beneficio de la libertad de los individuos: el individuo, se decía, es libre en la medida en que el gobierno no lo es. El Estado constitucional democrático da una vuelta de tuerca, de modo que la libertad individual que asegura el Estado es tanta como resulta aceptable en una sociedad democrática<sup>34</sup>. El exceso de constitucionalización en la determinación de los confines de la libertad individual, la marginación y exclusión de las ideas que cuestionan o combaten los valores o ideales de

---

<sup>34</sup> El art.1 de la Carta de derechos y libertades canadiense, declara los derechos “sujetos sólo a razonables limitaciones previstas por la ley en la medida en que resulten justificadas en una sociedad libre y democrática”. El art. 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás y satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. Asimismo, cláusulas de este tipo se incorporan en el Convenio de Roma como complemento del reconocimiento de derechos tales como privacidad (en art. 8.2), libertad de conciencia (art. 9.2) o reunión y asociación (arts. 10.2 y 11.2, respectivamente).

la democracia constitucional, las cautelas y protecciones fijadas en la constitución o en las leyes para neutralizar cualquier conducta que se perciba como amenaza de involución democrática, simplemente ponen de manifiesto que el principal temor del constitucionalismo democrático procede precisamente de la desconfianza en la capacidad de los ciudadanos para autogobernarse<sup>35</sup>.

En este marco, las decisiones de los jueces al resolver los conflictos entre el interés o libertad individual y el interés general, en ausencia de reglas precisas, estarán influidas por su propia percepción de cómo deben ser justificadas y hasta dónde llegan las restricciones a la libertad en una sociedad democrática<sup>36</sup>. Comanducci tiene razón al señalar que

---

<sup>35</sup> El diseño del constitucionalismo democrático, como sugiere Robert Dahl, responde a un sistema de “cuasi-tutelage”, con jueces constitucionales vigilantes de los legisladores (y en la Europa continental, también de los jueces ordinarios), *La democracia y sus Críticos*, Paidós, Barcelona (1993) pág. 226. He desarrollado este argumento en “Tribunales Constitucionales y Democracias Desconfiadas”, incluido en M. Bergman y C. Rosencrantz, coords. *Confianza y Derecho en America Latina*, FCE, México (2009).

<sup>36</sup> Sobre el problema de convertir el control de constitucionalidad, sobre todo en materia de derechos, en un control de “justificaciones suficientes o adecuadas”, T.A. Aleinikoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *The Yale Law Journal*, vol.96 (1987), págs.

los principios constitucionales, el recurso a la técnica de la ponderación, no persiguen la certeza del derecho sino que simplemente ayudan a justificar decisiones judiciales *ad hoc*. Posiblemente la concepción de los jueces como “*problem solvers*”, árbitros de controversias cuya autoridad, aunque basada en el derecho, no es coextensa a la de la ley -que es la imagen tradicional de los jueces de *common law*- resulte ahora más apropiada.

2.3. Neoconstitucionalismo metodológico y la búsqueda del fundamento de la supremacía de la Constitución. ¿Es iusnaturalista el constitucionalismo?

El “neoconstitucionalismo metodológico”, indica Comanducci, considera los principios constitucionales como un puente entre el derecho y la moral. Frente a esto opone la tesis de la no conexión justificativa entre derecho y moral.

---

943-1005. En “The Formulaic Constitution” [*Michigan Law Review*, vol. 84 (1985), págs. 165-212], Robert Nagel, alerta del peligro de pérdida de sustancia de los preceptos constitucionales sobre derechos, transformados por obra de los tribunales en una tupida red de fórmulas y tests, a menudo específicos para cada derecho, conforme a los cuales se contrasta la “constitucionalidad” de la actuación de los poderes públicos.

No entraré aquí en una discusión que se aleja mucho del terreno del derecho constitucional a menos que se intercambien las cuestiones de moralidad por las de legitimidad. Sí quisiera, sin embargo, detenerme brevísimamente en algunas consideraciones que se hacen de pasada en el ensayo a propósito de la conexión entre constitucionalismo y iusnaturalismo. El constitucionalismo, dice Comanducci, “tiene como trasfondo habitual, aunque no necesario, el iusnaturalismo”.

A mi modo de ver el caso se puede contar de otra manera. Por ejemplo, es posible sostener que lo que en el origen da impulso al gran proyecto del constitucionalismo escrito es el espíritu codificador, que es –eso sí, a su manera- una manifestación de positivismo. Todavía hoy, lo que confiere sentido al constitucionalismo como técnica de gobierno es la idea de que es posible configurar y diseñar el artefacto del gobierno de la manera más provechosa para el bien común<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> A esto hace referencia la noción de “ingeniería constitucional”. Es bien expresivo de la idea el artículo inaugural en *El Federalista*: “Parece haberle sido reservado a las gentes de este país”, escribe Hamilton, “decidir con su conducta y ejemplo una importante cuestión: si las sociedades humanas realmente son capaces de establecer un buen gobierno desde la elección y la reflexión, o si por el contrario están para siempre destinadas a depender para sus Constituciones políticas del accidente

La apelación a la voluntad del pueblo fue el nuevo argumento del constitucionalismo norteamericano para justificar la autoridad suprema de las Constituciones. Pero es cierto que en la época de la revolución americana, y aún después, se partía de que lo que a la postre justificaba la radical distinción entre el *paramount law* —el derecho más alto que no se podía alterar “por medios ordinarios”— y cualquier otro adoptado por una asamblea legislativa, procedía de la idea de que la Constitución incorporaba y era expresión de derecho fundamental (*fundamental law*). No era, por tanto, su localización en la constitución lo que convertía determinadas reglas o principios en fundamentales: estaban en la Constitución porque *eran* fundamentales. Sin embargo, junto a principios venerados e incuestionables que se tenían por “derecho natural”, ahí aparecían también “otros”: impuestos por la “razón práctica”, declarativos de verdades de la teoría política o de la filosofía política, o sancionados por la expe-

---

y de la fuerza”. Clinton Rossiter ed., *The Federalist Papers*, Num. 1, New American Library (1961).

<sup>38</sup> Como muchos autores se han encargado de resaltar, la “escritura” de la Constitución tuvo como fin dejar constancia, hacer evidentes para todos —o, como Marshall dijo, “impedir que sean olvidados”— los principios que regían la práctica del gobierno limitado. El hecho de la “aprobación” de la Constitución, no convertía estos principios en puro derecho positivo, en “enacted law”:

riencia<sup>38</sup>. Lo que justificaba su plasmación en el documento constitucional era la convicción de que así reunidos y explicitados permitirían hacer realidad la aspiración de someter a reglas el ejercicio del poder<sup>39</sup>. Aquí está la propuesta del constitucionalismo escrito: en la Constitución de una república libre se

---

“contrariamente a la errada percepción tan común entre los constitucionalistas de hoy en día, los fundadores americanos no creyeron que al poner por escrito la constitución se alteraba su carácter fundamental” Larry D. Kramer, “We the Court”, *Harvard Law Review*, vol. 115 (2001), págs. 45 y 46.

<sup>39</sup> El defecto de la constitución inglesa consistía, según los americanos, en que no se podía invocar por los particulares frente a la actuación de los poderes públicos, y particularmente, frente al Parlamento (Coke *non obstante*). La razón de este defecto derivaba sobre todo de la falta de “certeza” en cuanto al contenido de la Constitución. Escribiendo la Constitución los americanos pretendieron facilitar la *exigibilidad* de las reglas constitucionales: “Lo que la *constitución* de un país *era* o *se suponía que era*, sólo podía ser inferido de lo que *el gobierno había venido haciendo a lo largo del tiempo*; lo que había sido *consentido* por el pueblo, o por otras partes componentes del gobierno; o lo que había sido *resistido* por cualquiera de ellos. Lo que el gobierno, o cualquiera de los poderes hubiera *hecho alguna vez*, se entendía que daba lugar al *derecho* a hacerlo *de nuevo*... Pero, entre nosotros, la Constitución no es una “cosa ideal, sino una existencia real; puede ser presentada en forma visible”: sus principios pueden ser averiguados a partir de la letra viva, no sólo de oscuros razonamientos o deducciones”, Juez Tucker en *Kemper v. Hawkins* (1793), citado en Sylvia Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press (1990), pág. 26 (cursiva en el original).

expresan los fines y propósitos que definen a la comunidad política y se establece la estructura institucional y los procedimientos conforme a los cuales debe en adelante actuar el gobierno.

Sin embargo, en la misma pretensión de “fijar” el derecho fundamental, codificarlo, y atribuir un contenido cierto y definido a los *standards* conforme a los cuáles medir la “moralidad” y legitimidad de la actuación de los gobernantes yace la tensión irresoluble que es característica del constitucionalismo. En tanto que expresión de derecho fundamental, toda constitución se pretende permanente, al menos en la misma medida en se consideran permanentes los principios que simplemente “declara” y no crea. En tanto que “derecho”, en cambio, los preceptos constitucionales tienen la consideración de normas jurídicas con contenido determinado, aunque necesitadas de interpretación, y como derecho aplicable, expuestas al mismo proceso de transformación que experimentan otras normas por influjo de la cambiante realidad social que pretenden regular<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Sobre las válvulas de escape para aliviar esta tensión en las Constituciones normativas, véase el *Estudio Preliminar* de Pablo de Lora al libro de W. J. Waluchow, *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law*, Marcial Pons, Madrid (2009), págs. 13-41.



**PAOLO COMANDUCCI.** Es Catedrático de Filosofía del derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Genova. Doctor h.c. de la Universidad Nacional de Córdoba. Ha sido profesor visitante en Universidades de Italia, España, Argentina, Francia, Inglaterra, Finlandia, Islandia, México, Chile, Paraguay, Colombia, Brasil, EEUU. Es co-director de las revistas "Materiali per una storia della cultura giuridica", "Analisi e diritto", "Ragion pratica". Ha publicado los libros: *Settecento conservatore: Lampredi e il diritto naturale*, 1981; *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, 1984, segunda ed. 1991; *Assaggi di metaetica*, 1992; *Assaggi di metaetica due*, 1998; *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, 1999. Ha editado una docena de volúmenes, en Italia, Alemania, México y Argentina. Ha publicado un centenar de artículos y una cincuentena de traducciones.

**M<sup>a</sup> ÁNGELES AHUMADA.** Es profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid. Investigadora del Instituto Max-Planck de Heidelberg, *Global Law Research Fellow* de la Universidad de Nueva York, profesora de The College of William and Mary, profesora visitante en varias universidades europeas y americanas, es autora de *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas* (2005). Es Directora General de Coordinación Jurídica del Ministerio de la Presidencia.

**DANIEL GONZÁLEZ LAGIER.** Es profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante, donde imparte también las asignaturas de "Lógica" y "Argumentación en materia de hechos" en el Curso de Postgrado "Especialista en Argumentación Jurídica". Es autor de los libros *Acción y Norma en G.H. von Wright*, *G.H. von Wright y los conceptos básicos del Derecho*, *The Paradoxes of Action*, *Quaestio Facti. Ensayos sobre Prueba, Causalidad y Acción y Emociones, Responsabilidad y Derecho*.

## LIBROS PUBLICADOS

1. Robert Alexy: *Derechos sociales y ponderación*
2. Luigi Ferrajoli, José Juan Moreso, y Manuel Atienza: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*
3. Alfonso Ruiz Miguel y Rafael Navarro-Valls: *Laicismo y Constitución*
4. Pietro Costa y Benito Aláez Corral: *Nacionalidad y ciudadanía*
5. Víctor Ferreres y Juan Antonio Xiol: *El carácter vinculante de la jurisprudencia*
6. Michele Taruffo, Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso Cadau Pérez: *Consideraciones sobre la prueba judicial*
7. Roberto Romboli y Marc Carrillo: *Los consejos de garantía estatutaria*
8. Pedro Salazar Ugarte, Josep Aguiló Regla y Miguel Ángel Presno Linera: *Garantismo espurio*
9. Eugenio Bulygin, Manuel Atienza y Juan Carlos Bayón: *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*
10. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, José Luis Piñar Mañas: *El derecho a la autodeterminación informativa*
11. Francisco J. Laporta, Juan Ruiz Manero y Miguel Ángel Rodilla: *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*
12. Ian Shapiro, Pablo de Lora Deltoro y Carmen Tomás-Valiente Lanuza: *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*
13. Jorge F. Malem Seña, F. Javier Ezquiaga Ganuzas y Perfecto Andrés Ibáñez: *El error judicial. La formación de los jueces*
14. M. Cristina Redondo, José María Sauca y Perfecto Andrés Ibáñez: *Estado de Derecho y decisiones judiciales*
15. Stefan Huster, Antonio Pau y María J. Roca: *Estado y cultura*
16. Paolo Comanducci, M<sup>a</sup> Ángeles Ahumada y Daniel González Lagier: *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*