

NEOCONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E IMPERIALISMO DE LA MORAL*

Mauricio Barberis

Este trabajo persigue tres objetivos, a los que se dedican, respectivamente, los tres apartados que lo componen. El primer objetivo es debatir sobre el uso corriente del término “neoconstitucionalismo” para designar una posición que se sitúa más allá del positivismo jurídico y del iusnaturalismo, objetivo que supone discutir sobre las relaciones entre constitucionalismo, neoconstitucionalismo y constitucionalización del derecho. El segundo objetivo es llamar la atención sobre el intento de redefinir las relaciones entre constitucionalismo y democracia llevado a cabo por Carlos Nino, quizá el más interesante de los neoconstitucionalistas, en su volumen póstumo *The Constitution of Deliberative Democracy* (1996). El tercer objetivo es presentar una objeción al neoconstitucionalismo, especialmente en la versión defendida por Nino, criticando la tendente reducción de la esfera práctico-normativa exclusivamente a la dimensión moral, reducción que será denominada imperialismo de la moral.

1.- Constitucionalismo, Neoconstitucionalismo, Constitucionalización

El término “neoconstitucionalismo”, empleado con frecuencia sobre todo en el debate filosófico-jurídico, reenvía evidentemente a “constitucionalismo”, término a su vez usado para indicar al menos tres cosas distintas, aunque conectadas entre sí. En un primer sentido, muy lato, “constitucionalismo” reenvía al antiguo ideal del gobierno de las leyes, o más bien del derecho; en un segundo sentido, más estricto, designa la traducción propia de los siglos XVIII y XIX de este modelo en la idea de constitución como instrumento para limitar el poder político; en un tercer sentido —estrictísimo, y no del todo adecuado— indica (la doctrina de) el derecho constitucional¹. Puesto que la posición filosófico-jurídica denominada neoconstitucionalismo, como veremos, retoma las ideas del constitucionalismo, al menos en

* Traducción de Santiago Sastre Ariza.

¹ La alusión a la doctrina jurídica del derecho constitucional como “constitucionalismo”, en efecto, parece justificada solo como homonimia entre “constitucionalista”, para indicar al defensor de los ideales del constitucionalismo, y “constitucionalista” como estudioso de la doctrina del derecho constitucional.

los dos primeros sentidos del término, parecen existir razones suficientes para admitir este uso todavía no consolidado de “neoconstitucionalismo”.

La aparición del neoconstitucionalismo puede hacerse coincidir con el ataque al positivismo jurídico capitaneado, en los años setenta, por Ronald Dworkin. Sin detenerse demasiado en asuntos que son bastante conocidos *lippis et tonsoribus*, con la crítica formulada por Dworkin a Herbert Hart, y en concreto con el argumento de los principios, hace su aparición en el panorama filosófico-jurídico una posición que muestra el principal rasgo distintivo del neoconstitucionalismo respecto al iuspositivismo y al iusnaturalismo: la idea de que el derecho no se distingue necesaria o conceptualmente de la moral, en cuanto incorpora principios comunes a ambos². En el amplísimo debate que se ha producido, y que continua todavía, estos principios han venido adoptando cada vez más la forma de principios *constitucionales*: ya sea en el sentido de ser “incorporados en el documento llamado constitución”, o bien, más en general, en el sentido de “fundamentos del orden jurídico”.

Pueden considerarse precedentes significativos del neoconstitucionalismo, aunque aún se sitúan bajo la vieja bandera del constitucionalismo, las críticas al positivismo jurídico anticipadas por Giovanni Sartori y por Nicola Matteucci en los años sesenta. Tengamos en cuenta estos datos: Sartori anticipa su crítica en *Constitutionalism: A Preliminary Discussion*, de 1962, refundida después en *Elementi di teoria politica* (1987), Matteucci al año siguiente, en el largo ensayo *Positivismo giuridico e costituzionalismo* (1963), que solo recientemente ha aparecido como libro (1996). Sartori y Matteucci, por tanto, no están atacando un positivismo en declive, como ocurre en el caso de los actuales neoconstitucionalistas, sino un positivismo que se encuentra en su pleno esplendor teórico, basta con pensar que hacía poco habían aparecido *On Law and Justice* (1958) de Alf Ross, la segunda *Reine Rechtslehre* (1960) de Hans Kelsen y *The Concept of Law* (1961) de Hart.

Para Sartori el término “constitución” sería usado por los iuspositivistas con “un significado cósmico y formal” para indicar “cualquier forma que un Estado se otorga”; los partidarios del constitucionalismo, en cambio, lo usarían con el “significado específico y sustantivo” de “ordenamiento protector de la libertad de los ciudadanos”³. Desde el punto de vista de la ciencia política, interesada en describir el funcionamiento efectivo de un régimen, la acepción formal de constitución sería por lo tanto inútil, porque de acuerdo con ese significado cualquier régimen puede denominarse constitucional; sólo el sentido sustancial de “constitución” permitiría distinguir entre constituciones nominales, o aparentes, y constituciones que garantizan realmente la libertad del ciudadano. Sartori critica en concreto el formalismo y la neutralidad típica

2 Sobre este tema, cfr. el reciente trabajo de P. Comanducci, “Il positivismo giuridico: un tentativo di bilancio”, in *Studi in onore di Franca De Marini*, Giuffrè, Milán, 1999, pp. 125-134.

3 G. Sartori, *Elementi di teoria politica*, Il Mulino, Bolonia, 1987, p. 19.

del iuspositivismo, que es acusado de ignorar los problemas políticos destacados por el constitucionalismo haciéndolos pasar como meta-jurídicos⁴.

Análogos son los argumentos defendidos por Matteucci en *Positivism giuridico e costituzionalismo*, quizá su mejor obra teórica. Matteucci ataca el positivismo jurídico, en la versión ofrecida por Norberto Bobbio en la segunda mitad de los años cincuenta, sobre todo por su adhesión al ideal de la neutralidad de la ciencia jurídica, que el mismo Matteucci considera una mera variante del legalismo ético. Cuando Bobbio sostiene que la violación de normas constitucionales equivale a la producción de normas nuevas, en concreto, estaría solo tomando partido por el iuspositivista Hobbes frente al constitucionalista Coke⁵. Defendiendo la *judicial review*, Matteucci llega a afirmar incluso que “el gobierno de los jueces representa propiamente el gobierno de la ley”⁶, afirmación que quizá hoy no suscribiría nadie, pero que probablemente no disgustaría a algunos de los neoconstitucionalistas actuales.

Para entender el desarrollo posterior del neoconstitucionalismo, y el propio tránsito del constitucionalismo al neoconstitucionalismo, es necesario tener en cuenta un fenómeno que en los años sesenta no se había manifestado todavía en toda su extensión: el proceso cada vez más frecuente denominado contitucionalización del derecho. Según la definición elaborada por Riccardo Guastini, por “constitucionalización” se entiende un proceso de desarrollo de las instituciones que —en la extensión máxima alcanzada en nuestro país— satisface por lo menos siete condiciones: 1) rigidez de la constitución, 2) control de constitucionalidad de las leyes; 3) carácter políticamente vinculante de la constitución; 4) sobre-interpretación de las disposiciones constitucionales; 5) aplicación directa de tales disposiciones por parte de los jueces (la llamada *Drittwirkung*); 6) interpretación conforme (*adeguatrice*) de la ley ordinaria, 7) influencia directa de la constitución en las relaciones políticas⁷.

Ciertamente, el fenómeno de la constitucionalización, por otra parte, no afecta solamente a Italia, sino a todas las grandes democracias occidentales: con la única y parcial excepción de Inglaterra. Es conocido, por ejemplo, el papel central desempeñado por el Tribunal Supremo en el sistema jurídico-político estadounidense: papel que explica por qué las tesis del jurista Dworkin como las del filósofo John Rawls se resuelven cada vez más en argumentos que se dirigen a los tribunales. Igualmente conocido es el activismo del Tribunal constitucional alemán, que desde finales de los

4 *Idem*, pp. 26-27.

5 N. Matteucci, *Positivism giuridico e costituzionalismo* (1963), Il Mulino, Bologna, 1996. Cfr. también Costanza 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*, 2000, 2, pp. 387-425.

6 *Idem*, p. 62.

7 En este sentido R. Guastini, “La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento giuridico italiano”, en *Ragion Pratica*, 11, 1998, pp. 185-206.

años cincuenta no pierde ocasión de lamentar “el estrecho positivismo legalista” y/o un “positivismo legalista de carácter neutral hace tiempo superado”⁸; incluso el Consejo Constitucional francés, en la patria del “positivismo legalista”, ha asumido un papel bastante importante a la hora de promover el debate sobre la *constitutionnalisation* del derecho francés⁹.

El positivismo decimonónico —partidario del Estado (de derecho) legislativo, opuesto al Estado (de derecho) constitucional¹⁰— tendía a reducir la constitución a simple límite a la legislación ordinaria; el mismo Kelsen, a pesar de ser el creador del Tribunal constitucional austriaco, fue siempre muy reacio a la inserción de disposiciones de principio en la constitución, con el temor de que el Tribunal, al sobreinterpretarlas, acabase por expropiar a los parlamentos democráticamente elegidos parte de su poder legislativo¹¹. Hoy, sin embargo, también la actitud de los iuspositivistas parece haber cambiado; por poner un solo ejemplo, el mayor heredero contemporáneo de la escuela analítica italiana, Luigi Ferrajoli, no concibe tanto la validez de las normas (infraconstitucionales) como pertenencia formal al ordenamiento, sino como la conformidad material con la constitución¹².

Incluso iuspositivistas como Hart han acabado por aceptar al menos parte de las críticas de Dworkin, adhiriéndose a lo que ahora se conoce corrientemente como iuspositivismo débil o inclusivo (*soft o inclusive positivism*)¹³: posición que ha encontrado un éxito incomparablemente superior a la posición contraria; el *hard o exclusive positivism* defendido por Joseph Raz. El iuspositivismo inclusivo tiene asumida la tesis que siempre ha distinguido al iuspositivismo del iusnaturalismo: la negación de una conexión (identificativa) necesaria entre derecho y moral, considerados conceptualmente distintos entre sí. El iuspositivismo inclusivo, por otra parte, debilita esta tesis: la moral, a pesar de ser diferente o distinguible frente al derecho positivo, podría ser contingentemente incluida; el derecho positivo bien podría remitir a valores morales, como muestra de forma paradigmática la constitución de los Estados Unidos¹⁴.

8 Cfr. las sentencias citadas en R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (1992), trad. it. *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Turin, 1997, pp. 8 y 6.

9 Cfr. B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, S.T.H., Paris, 1988, p. 389.

10 Cfr., paradigmáticamente G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Turin, 1992, pp. 20-56.

11 Cfr. H. Kelsen, “La garantie jurisdictionnelle de la constitution” (1928), trad. it. “La garanzia giurisdizionale della costituzione” en Id., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1981, pp. 189-190.

12 L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, concretamente pp. 351-356.

13 H.L.A. Hart, “Postscript” en Id., *The Concept of Law* (1961), Oxford U.P., Londres, 1994, pp. 250-251.

14 Cfr. W.J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon, Oxford, 1994, pp. 2-3, y recientemente Id., “Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism”, en *Legal Theory*, 2000, pp. 45-81. Por otra parte se podría sostener —con S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milán, 1947, p. 72— que el reenvío a la moral realizado por el derecho no es receptivo: es decir, no transforma la moral en derecho.

Ahora bien, el neoconstitucionalismo se distingue precisamente del iuspositivismo inclusivo en cuanto hace suya la tesis iusnaturalista de la conexión (identificativa) necesaria entre derecho y moral; pero se diferencia del iusnaturalismo tradicional, y se acerca al iuspositivismo inclusivo, en cuanto sitúa tal conexión en el nivel de los principios fundamentales o constitucionales, que desde siempre es el campo de reflexión del constitucionalismo. Con todo, a continuación no se abordará el neoconstitucionalismo en general —tema que ahora requeriría libros, en vez de artículos¹⁵— sino un ejemplo representativo de las tesis neoconstitucionalistas: el libro póstumo de Carlos Nino *The Constitution of Deliberative Democracy*, que se ocupa del viejo, pero no por eso agotado, problema de las relaciones entre constitucionalismo y democracia.

2.- La relación entre Constitucionalismo y Democracia según Carlos Nino

Representante de la segunda generación de la Escuela de Buenos Aire, especialmente interesado en los problemas de la violación de la democracia y de los derechos humanos en Sudamérica y en el resto del mundo, Nino parte de la distinción de Bobbio y de Alf Ross entre positivismo metodológico o positivismo sin más —según el cual el derecho podría ser identificado como un hecho y estudiado sin que intervengan juicios de valor— y positivismo ideológico o cuasi-positivismo, según el cual el derecho, identificado como un hecho, sería intrínsecamente obligatorio¹⁶. La originalidad del planteamiento de Nino consiste precisamente en confrontar iuspositivismo metodológico e ideológico de la siguiente manera: el derecho, como hecho, no podría ser concebido intrínsecamente obligatorio sin violar la ley de Hume, es decir sin pasar injustificadamente de una descripción a una prescripción.

Nino denomina “teorema fundamental de la filosofía del derecho” precisamente a esta tesis: que el derecho, en cuanto hecho, solo pueda considerarse obligatorio si está justificado, o sea, si “está apoyado en principios morales”¹⁷. Para quienes se adhieren al iuspositivismo metodológico, en otros términos, el derecho no podría proporcionar justificaciones autónomas para actuar, ni siquiera justificar su propia obligatoriedad: la única justificación de la obligatoriedad del derecho se debe, en última instancia, a su conformidad con la moral. Nino se adhiere evidentemente a una versión fuerte de la tesis del caso especial (*Sonderfallthese*) de Robert Alexy, otro representante destacado

15 Cfr. M. Barberis, *Filosofía del diritto. Un'introduzione storica*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 203-208 y también la reciente monografía de Susanna Pozzolo, *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Turin, 2001

16 Cfr. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milán, 1972, pp. 104 y ss. Y antes aún A. Ross, “Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law” (1961), trad. it. “Il concetto di validità e il conflitto fra positivismo giuridico e giusnaturalismo” en Id., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Il Mulino, Bologna, 1987, pp. 137-158.

17 C. S. Nino, “A Brief Note on the Structure of Legal Reasoning”, trad. it. “Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico”, en *Ragion Pratica*, 1, 1993, p. 32.

del neoconstitucionalismo: el razonamiento jurídico, por tanto, no solo sería un caso especial del razonamiento *práctico* —posición de por sí todavía compatible con la tesis iuspositivista de la separación— sino también, más específicamente, del razonamiento *moral*¹⁸.

Si bien Nino puede considerarse un representante del neoconstitucionalismo, pues, al igual que otros —como Dworkin y Alexy— pretende haber superado la tesis iuspositivista de la separación entre derecho y moral, y sostiene que se produce una conexión necesaria entre ambos, se distingue al mismo tiempo de otros neoconstitucionalistas en cuanto concibe de manera diferente esta conexión. En la tradición iusnaturalista, y también en otros autores que se adscriben al neoconstitucionalismo, tal conexión viene habitualmente referida al nivel —identificativo— del concepto y/o de la definición del derecho, esto es, no se podría definir el derecho sin hacer referencia a la moral. Nino considera, en cambio, que pueden manejarse diferentes conceptos de derecho no necesariamente conectados con la moral, de modo que la conexión necesaria se produciría sólo en otros niveles, en particular en el de la justificación y en el de la interpretación del derecho¹⁹.

Limitándonos solamente a la conexión justificativa —por la cual una norma o una decisión jurídica sería justificada y obligatoria sólo si en última instancia se acomodan a la moral— Nino se pregunta si el derecho no podría considerarse moralmente superfluo: si sólo la moral puede justificar la obligatoriedad del derecho, ¿por qué no recurrir directa y exclusivamente a la primera?²⁰ Para responder a esta pregunta —que ya pone de relieve aquella característica del neoconstitucionalismo que, como veremos, es el imperialismo de la moral— Nino defiende la existencia de al menos un tipo de derecho que no podría considerarse moralmente superfluo: el derecho producido por el legislador elegido democráticamente. Este derecho tendría una obligatoriedad (no directamente moral, sino) puramente epistémica: proporcionaría solamente “razones *epistémicas*, o sea, razones para *creer* que las normas dictadas por la autoridad democrática derivan de principios morales válidos”²¹.

La discusión democrática, en efecto, aparecería como el único sucedáneo político del único procedimiento capaz de establecer los principios morales, esto es, la discusión entre todos los interesados. En política, por tanto, no habría tiempo para esperar los resultados de la discusión moral, pues como Nino escribe en *The Constitution of Deliberative Democracy*, “la democracia puede ser definida como un proceso de discusión con un límite

18 Cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* (1978), trad. it. *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milán, 1998, pp. 169 y ss.

19 Cfr. C.S. Nino, *Derecho, moral y política* (póstumo, 1994), trad. it. *Diritto come morale applicata*, Giuffrè, Milán, 1999, pp. 15 y ss., 37 y ss., 71 y ss.

20 Idem, pp. 109-110.

21 Idem, p. 157 (trad. it. mod.; la cursiva es añadida).

temporal"²². Precisamente en este libro Nino pone de manifiesto la concepción de la democracia que él comparte con otros neoconstitucionalistas —aquella que ya se denomina comúnmente concepción deliberativa (*deliberative*), en oposición a la agregativa (*aggregative*)²³— profundizando en sus relaciones con el constitucionalismo. En lo que sigue se partirá de las relaciones de esta concepción de la democracia con el constitucionalismo, para pasar a considerar después sus características propias.

Nino critica la tesis según la cual la democracia precedería lógica o históricamente al constitucionalismo, de modo que también podrían aparecer democracias no constitucionales, sosteniendo en cambio que la primera sigue al segundo: la democracia, por tanto, propiamente sólo podría afirmarse en contextos socio-políticos en donde ya hubiera existido una consolidada tradición constitucionalista²⁴. Junto a esta tesis de la prioridad del constitucionalismo sobre la democracia —que suena más bien liberal, en vez de estrictamente democrática— Nino sostiene sin embargo una concepción muy exigente de la democracia: una concepción tan exigente que pone en duda la tesis precedente, y en cualquier caso presenta las ideas sostenidas en *The Constitution of Deliberative Democracy* como radicalmente democráticas, más que meramente (liberal) democráticas.

Después de haber citado con aprobación la observación de Sartori según la cual el concepto de democracia no es sólo cognoscitivo sino también normativo²⁵, en efecto. Nino acaba por descuidar completamente los aspectos cognoscitivos²⁶, y por establecer una concepción puramente normativa, cuya dimensión jurídica y política termina siendo absorbida en la dimensión moral. Nino hace propia, como se ha dicho, no una concepción agregativa de la democracia —para la cual ésta debe limitarse a garantizar los intereses humanos como son de hecho— sino una concepción deliberativa: o sea aquel tipo de concepción, transversal respecto al debate estadounidense entre *liberals* y *comunitarians*, según la cual la democracia debería orientarse a cambiar (a mejor) los intereses y las opiniones humanos —si no los hombres mismos— a través de la discusión.

22 C.S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy* (póstumo, 1996), Yale U.P., New Haven & Londres, 1996, p. 118.

23 Cfr. por lo menos J. Bohman y W. Rehg (eds.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, MIT Press, Cambridge (Mass.), 1997, y J. Elster (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge U.P., Cambridge, 1998.

24 C.S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, cit., pp. 11 y 26, que reenvía a N. MacCormick, "Constitutionalism and Democracy", en R. Bellamy (ed.), *Theories and Concepts in Politics: an Introduction*, Manchester U.P., Manchester, 1993, especialmente p. 145.

25 Cfr. C.S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, cit., pp. 8-9, y G. Sartori, *Democrazia. Cosa è*, Rizzoli, Milán, 1993, p. 12.

26 Cfr. G. Sartori, *Democrazia*, cit., p. 18. aquí se alude a que entre los peligros que acechan a quien define "democracia" se encuentra aquel denominado perfeccionista: "el ideal a todo gas y en dosis cada vez mayores"

Resulta quizá excesivo afirmar que la concepción democrática de Nino es “extrema” y conlleva una “solución jacobina”²⁷; al contrario, él está pendiente de subrayar el valor meramente epistémico, y no directamente moral, de las decisiones tomadas democráticamente. Además de subrayar insistentemente que la mayoría no tiene siempre razón²⁸, Nino distingue rigurosamente su planteamiento de las tesis perfeccionistas o rousseauianas²⁹. Acaba así por colocarse a medio camino entre el enfoque “monológico” de Rawls, rechazado por ser demasiado elitista, y la aproximación “dialogica” de Jürgen Habermas, desestimada por ser demasiado populista³⁰. Es verdad, con todo, que la posición de Nino tiene un *allure* radical: por poner un solo ejemplo, relativo a un problema muy debatido hoy, acaba tendencialmente por deslegitimar instituciones como el control de constitucionalidad.

En el último capítulo de *The Constitution of Deliberative Democracy*, en efecto, Nino debe reconocer que el control de constitucionalidad puede entrar en conflicto con una teoría coherentemente deliberativa de la democracia. En línea de principio, en efecto, la democracia deliberativa debería privilegiar los procedimientos de acuerdo con el ideal de la participación de todos en la toma de decisiones; así, debería preferir la democracia directa y el referéndum a la democracia representativa, y además el sistema electoral proporcional frente al mayoritario. De hecho, el control de constitucionalidad viene admitido sólo a título de excepción, y exclusivamente para conseguir tres fines, de los cuales el más importante consiste precisamente en la tutela de las condiciones del proceso democrático³¹.

Esta actitud crítica en el examen del control de constitucionalidad no es ciertamente exclusiva de Nino; pues a partir del debate constitucional estadounidense parece extenderse ya a la viva discusión jurídico-política existente en lengua castellana³². Sin embargo, esta postura constituye una consecuencia original de la posición de Nino, al menos en el seno de la literatura del neoconstitucionalismo: después de todo, el control

27 Cfr. M. La Torre, “Presentazione” a C.S. Nino, *Derecho, Moral y Política*, trad. it. cit., pp. XII-XVIII. Probablemente la interpretación de La Torre derive también de su elección a la hora de traducir “epistemic” en la locución “epistemic value of democracy”, (no como “epistémico”, sino) como “epistemológico” (cfr. Idem. por ejemplo, pp. 152-153); así se termina por ocultar que para Nino la democracia deliberativa se caracteriza por tener un valor puramente epistémico, y no un inmediato valor moral.

28 Cfr. C.S. Nino, *Derecho, moral y política*, trad. it. cit., p. 154.

29 Cfr. C.S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, cit., pp. 93-101.

30 Idem. pp. 107-117.

31 C.S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, cit., pp. 199-207; los otros dos casos son la tutela de la autonomía personal y el *enforcement* de la constitución histórica. En relación con Nino, y para una posición global menos hostil al control jurisdiccional de constitucionalidad, cfr. al menos J.J. Moreso, “Diritti e giustizia procedurale imperfetta”, en *Ragion pratica*, 10, 1998, especialmente pp. 27-28.

32 Cfr. B. Casalini, “Diritti, cittadinanza e costituzione repubblicana”, en *Ragion pratica*, 13, 1999, pp. 221-240, que profundiza sobre todo en las actuales posiciones “republicanas”, y dos textos recientes representativos del debate en lengua castellana: J. Carlos Bayón, “Diritti, democrazia, costituzione”, y R. Gargarella, “Il ruolo dei giudici dinanzi al “terreno proibito”, ambos en *Ragion pratica*, 1998, 10, pp. 41-64 y 65-73.

de constitucionalidad es la consecuencia más importante del constitucionalismo del siglo XX, y además uno de los puntos de no retorno del proceso de constitucionalización, y por lo tanto debería constituir uno de los elementos centrales de una doctrina neoconstitucionalista³³. Nino, en cambio, no sólo pone de relieve el conflicto entre democracia y control de constitucionalidad, sino que debiendo elegir entre uno y otro no duda en tomar partido por la democracia.

La concepción deliberativa de la democracia adoptada por Nino tiene al menos un precio, de carácter cognoscitivo: la aceptación de que los intereses y las opiniones humanas, no sólo los hombres mismos, no son datos inmodificables, ya que se forman en el seno de instituciones que pueden contribuir a cambiarlos (a mejor o a peor). Siempre desde un punto de vista cognoscitivo el problema, no obstante, es comprender en qué medida y en qué sentido las instituciones pueden cambiar a los hombres. Nino, por ejemplo, parece sostener que la democracia deliberativa puede llegar a ser un modo eficaz para afianzar las instituciones democráticas allí donde aún son frágiles, como sucede en los países de América Latina³⁴. Con todo, si se admite la primacía histórica del constitucionalismo sobre la democracia, se podría intuir que una radicalización de la democracia en sentido deliberativo pueda funcionar sólo donde las tradiciones constitucionales estén ya bastante consolidadas para permitirla.

La sospecha es, entonces, que la democracia deliberativa funciona donde las instituciones constitucionales y democráticas ya se hallan asentadas, mientras que no sirve para el fin de consolidarla en otros lugares: esto es lo que dificulta esta propuesta, en particular, sobre todo en América latina. No se debe olvidar, no obstante que Nino se mueve casi exclusivamente sobre un plano prescriptivo o normativo: o sea, que él no habla tanto de la democracia como es, o cómo podría ser, cuanto de cómo él quiere que sea. Este enfoque casi exclusivamente prescriptivo o normativo —donde “normativo” significa después, en última instancia, moral— constituye una tendencia común a Nino y a otros autores neoconstitucionalistas, por tanto criticar su posición sobre este punto, como se intentará hacer en el último apartado, equivale a criticar una tendencia del constitucionalismo en general.

3.-El imperialismo de la moral

El talón de Aquiles de la posición de Nino, y quizás del neoconstitucionalismo en general, no es ciertamente la adopción de un punto de vista normativo: enfoque perfectamente legítimo, cuando se tenga cuidado de distinguirlo de la asunción del punto de vista cognoscitivo. No se debe olvidar que Nino es ante todo un filósofo del derecho, así que no se le pueden reprochar comportamientos que serían tal vez censurables en el caso

33 Más que en Dworkin, que desconfía más del legislador que de los jueces, esta idea aparece en G. Zagrebelsky. *Il diritto mite*, cit., concretamente pp. 179-213.

34 C. S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, cit., pp. 143-186.

de un científico político: pensemos en la infravaloración de la dimensión cognoscitiva del fenómeno democrático en su definición de “democracia”³⁵. El talón de Aquiles del neconstitucionalismo de Nino reside sobre todo en la tendente reducción del punto de vista normativo al punto de vista moral; en esto consiste, en otros términos, el imperialismo de la moral, como lo he llamado anteriormente.

El imperialismo de la moral representa quizá la reacción de los juristas y de los filósofos del derecho de los años noventa del siglo XX frente a otros imperialismos: pensemos en el imperialismo de la política, que ha caracterizado los años setenta, o en el imperialismo de la economía, que ha marcado los años ochenta. Cualquiera que sea su origen sociológico, por otra parte, no hay duda de que el imperialismo de la moral constituye uno de los rasgos distintivos del neoconstitucionalismo: rasgo bien ejemplificado, mejor aún que con las tesis de Nino que ya han sido explicadas, con la interpretación moral (*moral reading*) de la constitución teorizada por Dworkin. Como es sabido, en una de sus últimas obras —*Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution* (1996)— Dworkin sostiene que los jueces americanos interpretan realmente la constitución, y deberían de cualquier modo interpretarla, como un conjunto de principios morales³⁶.

En el caso de Nino, el imperialismo de la moral -la reducción de lo normativo a lo moral, o mejor la subordinación de las otras esferas del discurso normativo a la dimensión de la moral- llega a ser del todo evidente al menos en tres pasajes de su discurso, que pueden quizá considerarse representativos de la posición propia del neconstitucionalismo en general. Se trata, ante todo, de la formulación de la *Sonderfallsthese* en términos morales (el razonamiento jurídico, por tanto, sería un caso especial del razonamiento —no genéricamente práctico, sino— específicamente moral); se trata, pues, de la tesis de que las normas o interpretaciones jurídicas, siendo en sí solo unos hechos, estarían justificadas, en última instancia, exclusivamente sobre bases morales; se trata, en fin, de la propia teoría de la democracia, ya que la concepción deliberativa viene adoptada como sucedáneo político del procedimiento de justificación típico de la moral, el diálogo entre todos los interesados.

La tendente reducción de la esfera práctica a la moral, y la subordinación a ésta del derecho —reducción y subordinación asumidas abiertamente, si bien es verdad que Nino se dirige a sí mismo la objeción del carácter (moralmente) superfluo del derecho— no están ciertamente exentos de crítica: ya el Kelsen de los *Hauptprobleme*, después de todo, había distinguido entre valor jurídico y valor moral, sosteniendo que al derecho puede atribuirse una validez (obligatoriedad) de ningún modo moral, sino sólo estrictamente

35 Cfr. también G. Sartori, *Democrazia*, cit., p. 17 “la única teoría completa de la democracia (...) es conjuntamente (...) descriptiva y prescriptiva”

36 Cfr. R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford U.P., Nueva York, 1996, pp. 2 y 7-12

jurídica³⁷. En este mismo sentido, Genaro Carrió —uno de los representantes más sobresalientes de la primera generación de la Escuela de Buenos Aires— ha criticado a Nino precisamente por el hecho de reducir todo el ámbito de la normatividad a la moralidad, y ha acabado por volver a insistir en que nada impide concebir una obligatoriedad meramente jurídica³⁸; representantes de la tercera generación de la Escuela, después, han tratado de desarrollar posteriormente esta objeción³⁹.

Por último Cristina Redondo, en una comunicación presentada al XVIII congreso de la I.V.R., ha formulado una importante objeción al presupuesto incuestionable en el que parece moverse Nino y los neoconstitucionalistas, y muchos otros: presupuesto que ella denomina principio de unidad del razonamiento práctico y también, ocasionalmente, imperialismo de la moral⁴⁰. La formulación más común del principio de la unidad —que exista un solo tipo de obligatoriedad, la obligatoriedad moral, de modo que no existirían obligaciones jurídicas independientes de las obligaciones morales— es criticada por Redondo defendiendo la posibilidad y la oportunidad de distinguir entre deberes morales, deberes jurídicos y otro tipo de deberes: distinción que no sería de hecho incompatible ni con el iuspositivismo metodológico ni con la misma unidad del razonamiento práctico, siempre que uno y otro sean adecuadamente reformulados.

La aceptación de diversos tipos de obligatoriedad, en primer lugar, sería compatible con el iuspositivismo metodológico a condición de que se tenga cuidado en reformular éste último mediante la idea de que el derecho carece (no de obligatoriedad en general, como ya se ha señalado) sino de obligatoriedad *moral*: en cuanto se distingue entre deber jurídico y deber moral, en efecto, se convierte en sostenible, y en cierto modo hasta obvio, que el derecho pueda tener una obligatoriedad *jurídica*. Pero la admisión de diversos tipos de obligatoriedad, en segundo lugar, sería compatible con el mismo principio de unidad del razonamiento práctico: con tal de que se haga la advertencia de que se ha reformulado como la pretensión —no de que la esfera práctica se resuelva en el ámbito moral, sino— de que la decisión acerca del comportamiento a realizar exige la comparación racional de todas las razones a favor o en contra, sean estas jurídicas, morales o de otro tipo⁴¹.

37 Cfr. H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911), trad. it. parcial *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, Esi, Nápoles, 1991, pp. 84-85.

38 Cfr. G. R. Carrió, "Una reciente propuesta de conciliación entre el jusnaturalismo y el positivismo jurídico", en U. ScarPELLI (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Comunita, Milán, 1983, p. 375.

39 Cfr. P. Navarro, C. Redondo, J.J. Moreso, "Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial", en P. Navarro, C. Redondo, *Normas y actitudes normativas*, Fontamara, México, 1994, p. 77: "no puede sostenerse que el razonamiento justificatorio del juez deba, por razones lógicas, utilizar una premisa moral".

40 Cfr. M.C. Redondo, "El carácter práctico de los deberes jurídicos", en *Doxa*, 21-II, 1998, pp. 355-370 (la expresión "imperialismo de la moral" se encuentra en Idem, p. 365); cfr. También M.C. Redondo, "Sulla rilevanza pratica del diritto", en *Ragion pratica*, 13, 1999, pp. 203-218 (que es una versión actualizada del trabajo anterior).

41 M.C. Redondo, "El carácter práctico de los deberes jurídicos", cit., en concreto pp. 362-370.

Sobre estas bases, el presupuesto indiscutible en el cual se mueven Nino y los neoconstitucionalistas —ya se le denomine principio de unidad del razonamiento práctico, como hace Redondo, o imperialismo de la moral, como se prefiere hacer aquí⁴²— parece de cualquier modo infundado: aunque todas las objeciones que se pueden exponer no resultan jamás completamente convincentes si no se profundiza en las razones por las cuales tal presupuesto tiende hoy a ser aceptado como una suerte de evidencia, como si se tratase de una verdad analítica. Obviamente, no es esta la sede para desarrollar sistemáticamente esta investigación; aquí seguidamente —a efectos de integrar las objeciones puestas de manifiesto por Redondo— se podrán como mucho examinar siete de estas razones, cada una de las cuales por separado es insuficiente para justificar la aceptación del imperialismo de la moral, si bien conjuntamente explican quizá el tipo de evidencia en que se apoya este presupuesto.

La *primera* razón para aceptar el imperialismo de la moral es *disciplinar*: se atiene, pues, al proceso de distinción de diferentes disciplinas prácticas. Como se ha señalado, la reflexión normativa sobre el derecho, orientada bajo etiquetas disciplinares como “derecho natural” y “filosofía del derecho”, se inicia en el seno de la teología moral, de la cual ha comenzado a emanciparse sólo a partir del iusnaturalismo moderno, o iusracionalismo, doctrina que después de todo constituye el antepasado directo del iuspositivismo (teórico)⁴³. La *Sonderfallsthese*, y la misma exigencia de que la argumentación jurídica necesita en última instancia una justificación moral, deriva parte de su evidencia de este proceso histórico, proceso que explica precisamente por qué el habitual sinónimo de “práctico” es “ético”, y por qué los mismos valores característicos del ámbito jurídico son a veces calificados como “moral del derecho” (*morality of law*)⁴⁴.

La *segunda* razón de adhesión al imperialismo de la moral es *metodológica*, y consiste en la reflexión antiformalista de que el derecho es un fenómeno social, el cual no podría ser aislado o “insularizado” respecto de fenómenos del mismo tipo, como la moral. Felix S. Cohen, que Nino cita extensamente sobre este punto, observa por ejemplo que la pregunta acerca de la existencia de un contrato, que el juez se plantea al redactar una sentencia, equivale a “plantearse de forma oscura el problema de si se debe o no atribuir la responsabilidad de ciertos actos a alguien. Y esta es ineludiblemente una cuestión ética: lo que un juez debe hacer en un caso determinado es un problema moral,

42 La razón de esta elección terminológica es sencilla: como ha demostrado Redondo, “unidad del razonamiento práctico” es muy ambiguo, admite interpretaciones o reformulaciones conflictivas, esto sucede en menor medida con “imperialismo de la moral”.

43 Como se muestra más detalladamente en M. Barberis, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 13-51. Sobre estos “dos ámbitos” (espiritual y temporal) como origen remoto de la separación occidental entre (teología) moral y derecho (positivo), cfr. por lo menos P. Prodi, *Una storia della giustizia. Del pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Il Mulino, Bolonia, 2000.

44 La referencia es obviamente a L. Fuller, *The Morality of Law* (1964), trad. it. *La moralità del diritto*, Giuffrè, Milán, 1986, especialmente pp. 130-131.

no muy diferente de aquellos que se examinan en los cursos dominicales de catecismo⁴⁵. Aquí, sin embargo, se reconoce uno de tantos *non sequitur* del imperialismo de la moral: del hecho de que el derecho sea un fenómeno social, en efecto, no se deduce ciertamente que pueda reducirse a fenómeno moral.

La *tercera* razón para aceptar el imperialismo de la moral es *lógica*, o pretende ser tal, y consiste en la imposibilidad del sistema jurídico de autofundarse. Argumentos de este tipo, expresados sobre la base de la (discutible pero difusa) analogía entre sistema jurídico y sistema lógico, aparecen ya en los herederos de la tradición formalista —pensemos en la regla de reconocimiento de Hart, que tiene notoriamente un carácter no estrictamente jurídico, sino social— salvo que se encuentren también en representantes del movimiento antiformalista: el ya mencionado Cohen, por ejemplo, observa que “la cuestión de si la acción de un tribunal está justificada requiere una respuesta en términos no jurídicos (...) Justificar o criticar reglas jurídicas en términos puramente jurídicos equivale siempre a incurrir en un círculo vicioso”⁴⁶. Pero incluso sostener que el derecho no pueda autofundarse no equivale todavía a demostrar que deba fundarse en términos morales.

La *cuarta* razón de adhesión al imperialismo de la moral es *teórica*, y ha estado recientemente planteada por Paolo Comanducci, uno de los filósofos del derecho que más ha hecho por introducir en Italia las tesis de Nino⁴⁷. Comanducci observa que la posición de Nino podría (incluso) considerarse correcta, (pero sólo) sobre la base de una definición (estipulativa) de “razones últimas del razonamiento práctico” como “razones morales”, aunque después resalta que una definición de este tipo representaría no una *solución*, sino una *disolución* del problema⁴⁸. En realidad, esta estrategia convencionalista —difícilmente atribuible ya a un autor que se adhiere, no al convencionalismo, sino al constructivismo ético⁴⁹— quizá ni siquiera disuelva el problema; en efecto, sería perfectamente posible continuar preguntando si “razones (prácticas) últimas” pueden quedar reducidas a “razones morales”, sin darse por satisfecho con una simple estipulación teórica.

La *quinta* razón para asumir el imperialismo de la moral es *práctica*, y reside en la idea, de origen aristotélico, de que la conclusión de un razonamiento práctico, y por tanto de un razonamiento jurídico, sea una acción: o mejor, que sea una *acción* (de un

45 Cfr. C.S. Nino, *Introducción al análisis del derecho* (1973, 1980), trad. it. *Introduzione all'analisi del diritto*, Giappichelli, Turin, 1996, p. 42, y F.S. Cohen, “Problems of a Functional Jurisprudence” (1937), ahora en Id., *The Legal Conscience. Selected Papers*, ed. L.K. Cohen, Yale U.P., New Haven, 1960.

46 Cfr. F.S. Cohen, “Transcendental Nonsense and the Functional Approach”, in *Columbia Law Review*, 1935, p. 810.

47 En concreto, se debe a Comanducci la iniciativa de traducir al italiano la *Introducción al análisis del derecho*, recién citada, y que en estos años ha sido uno de los manuales de filosofía del derecho más utilizados en la universidad italiana.

48 P. Comanducci, “Il positivismo giuridico”, cit. P. 131 y, en el mismo sentido, M.C. Redondo, “Sulla rilevanza pratica del diritto”, cit., p. 216.

49 Cfr. C.S. Nino, *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

ciudadano o de un funcionario), y que sea *una* acción (elegida entre todas las razones jurídicas, morales, y de otro tipo, en conflicto entre sí). Aquí, obviamente, ya es difícil sostener que la conclusión de un razonamiento práctico, y más en general de un discurso prescriptivo, sea algo completamente heterogéneo, es decir una acción; pero sobre todo, la uni(ci)dad de la conducta a que se ha de llevar a cabo resulta irrelevante respecto a la tesis de la unidad del razonamiento práctico: esta única conducta puede ser realizada por diferentes razones, y no se comprende por qué la razón última deba ser necesariamente moral⁵⁰.

La *sexta* razón de la adhesión al imperialismo de la moral es *política*, y consiste en la razonable idea de que la garantía última contra eventuales aberraciones del derecho positivo puede consistir únicamente en una justificación última de carácter moral. Naturalmente, quienes sostienen esta posición se cuidan bien de sugerir que se busque esta garantía en la moral positiva, que se ha revelado susceptible incluso de aberraciones aún peores: por eso se refieren obviamente a una moral crítica, elaborada por los teóricos de la moral a través de la discusión racional⁵¹. En realidad, al contrario de los propósitos del último Nino, la moral crítica resulta difícil de reconciliar con la democracia, y proporciona una mayor garantía del derecho positivo sólo a condición de alimentar una verdadera fe constructivista (esta vez en el sentido despectivo atribuido a "constructivismo" por Friedrich August von Hayek) en la razón: ¿quién, en condiciones normales, elegiría hacerse juzgar —no por un propio juez natural, sino— por un comité de filósofos morales?

La *séptima* y última razón de la adhesión al imperialismo de la moral, sobre la cual conviene detenerse un poco más, es *filosófica*, y consiste en la idea de la coherencia de todos los valores de la esfera práctica: aun admitiendo que ésta se articula en diversos ámbitos —jurídico, moral, político, religioso, etcétera— cabría sostener aún que todos estos valores convergen, y deben ser coherentes (al menos en el sentido de no contradictorios). Aun aceptando que una determinada conducta pueda ser realizada por muy distintas razones, y que incluso de hecho no venga realizada por una sola razón —la abstención mayoritaria de no cometer homicidios depende de razones que no son ciertamente solo jurídicas, sino también morales, religiosas, y ¿por qué no? estéticas— cabe pensar que todas estas razones deben ser convergentes entre sí, que, precisamente como en el caso de la observancia de la prohibición de matar, deba haber una suerte de armonía preestablecida de todos los valores.

50 Así como desde W. V. Quine en adelante se admite la tesis de la infradeterminación (*underdetermination*) de las teorías científicas (diferentes teorías pueden legítimamente dar cuenta de los mismos fenómenos), del mismo modo desde S. Kripke, *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Blackwell, Oxford, 1982, debería admitirse la tesis de la infradeterminación de las reglas: el mismo comportamiento puede ser imputado a diversas reglas (jurídicas, morales, etcétera); así pues —una vez más— no se comprende por qué la última de éstas debería ser una regla de carácter moral.

51 Según la distinción, que ya se encuentra en los padres del utilitarismo, formulada de forma clásica por H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Stanford U.P., Stanford, 1963, p. 20.

La negación neoconstitucionalista de la obligatoriedad jurídica, como la tesis iusnaturalista de que esta última no debe contradecir la obligatoriedad moral, podría en efecto considerarse la continuación, y la aplicación a la esfera práctica, de una idea filosófica mucho más general, que se puede encontrar al menos en Platón, la idea de la coherencia de todos los valores. Esta idea, en realidad, ha sido muchas veces atacada, en el curso del siglo XX: en la primera mitad del siglo, por ejemplo, distinguiendo diversos ámbitos de la práctica (los “distintos” de Benedetto Croce, y los “conceptos” o “categorías” de Carl Schmitt); en la segunda mitad, sosteniendo formas de pluralismo ético (como puede considerarse la de Isaiah Berlin, en la interpretación que ofrece de ella John Gray⁵²). La crítica más incisiva de esta idea, no obstante, ha sido anticipada al inicio del siglo XX por uno de los padres del no cognoscitivismo ético: por Max Weber, con su tesis del politeísmo de los valores.

Como en el caso de la “avaloratividad” (*Wertfreiheit*), demasiado a menudo considerada sinónimo de agnosticismo moral⁵³, también el “politeísmo de los valores” viene a veces utilizado en un sentido diverso del weberiano: en el sentido de inexistencia de valores objetivos, y cognoscibles científicamente, *en el interior* de cada una de las diversas esferas normativas (de la moral, de la política, de la estética, etcétera). Pero si volvemos a las principales formulaciones weberianas de esta idea —el ensayo de 1917 sobre la neutralidad en las ciencias sociales, y la conferencia de 1919 sobre la ciencia como vocación⁵⁴— se advierte que el “politeísmo de los valores” tenía sobre todo otro significado: indicaba el carácter originario e irreducible de los diversos ámbitos de la vida, la inconmensurabilidad, y el siempre posible conflicto *externo* entre los valores de la ciencia y los de la moral, del derecho y de la política, de la economía y de la estética, etcétera. Como se lee en *Wissenschaft als Beruf*:

“De esto, al menos, y no en otro, estamos hoy convencidos, de que algo puede ser sagrado no solo aunque no sea bello, sino *porque y en cuanto* no es bello (...) que algo puede ser bello no solo aunque no sea bueno, sino por no ser tal, como lo hemos aprendido desde Nietzsche (...) y en fin es una verdad cotidiana que algo puede ser verdadero aunque y en cuanto no sea bello, ni sagrado, ni bueno (...) sucede aún como en el mundo antiguo, siempre bajo el encantamiento de sus dioses y de sus demonios: como los griegos hacían sacrificios unas veces a Afrodita y otras a Apolo, y cada uno en particular a los dioses de su propia ciudad, así sucede hoy, aunque sin este encantamiento”⁵⁵.

52 Cfr. en particular J. Gray, *Berlin*, Fontana, Londres, 1995.

53 Cfr. la crítica de esa identificación realizada por W. Hennis. “Il significato della avalutatività. Occasioni e motivi del “postulato” di Weber”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1993, I, pp. 159-177.

54 Cfr. M. Weber. “Der Sinn der Wertfreiheit der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften” (1917), trad. it. “Il significato della avalutatività delle scienze economiche e sociologiche”, en Id., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Milán, Mondadori, 1974, en concreto pp. 332-333, e Id., “Wissenschaft als Beruf” (1919), trad. it. “La politica como professione”, en Id., *Il lavoro intellettuale come professione*, Turin, Einaudi, 1948, pp. 31-32.

55 M. Weber, “Wissenschaft als Beruf”, trad. it. (mod.), pp. 31-32.

El imperialismo de la moral que impregna el neoconstitucionalismo, desde éste último punto de vista, parece comparable a la elección de un único Dios: en este caso, un Dios muy parecido a la divinidad celosa de la tradición judeo-cristiana. Una opción monoteísta, bien entendida, es perfectamente legítima: pero es siempre una opción. En nuestra vida cotidiana, de hecho, sacrificamos a muchos otros dioses, y no hay que presentar como algo indiscutible que el dios de la moral tenga, o deba tener siempre, la última palabra. Dejando a un lado la metáfora, no se gana nada —ni sobre el plano cognoscitivo, ni sobre el normativo— al desconocer el politeísmo de los valores, moralizando el derecho o juridificando la moral⁵⁶. Al contrario, admitir la recíproca autonomía y el posible conflicto entre valores jurídicos y morales permite no sólo perseguir el objetivo de una relación equilibrada entre los diversos ámbitos de la práctica, sino también evitar el peligro de la tiranía de los valores⁵⁷.

56 En este sentido, L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 13.

57 Cfr. C. Schmitt, *Die Tyrannei der Werte* (1967), trad. it. *La tiranía dei valori*, Roma, Pellicani, 1987, quizá el más weberiano de los trabajos de Schmitt.