

UN CONSTITUCIONALISMO AMBIGUO*

Susanna POZZOLO**

Traducción al castellano de Miguel CARBONELL

Este trabajo persigue un único y modesto objetivo: poner en evidencia la ambigüedad que reside en la tesis neoconstitucionalista de la interpretación moral de la Constitución, ofreciendo argumentos a favor de la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral y en favor de la autonomía del iuspositivismo metodológico. Para este fin, el trabajo se articula en cinco párrafos, respectivamente dedicados a: 1) circunscribir la noción de “neoconstitucionalismo” como teoría del derecho del Estado constitucional; 2) evidenciar los diversos sentidos que recoge el término “moral”; 3) determinar qué tipo de moral está conectada al derecho, siempre que al menos uno lo esté; 4) subrayar el distinto tipo de actividad desarrollada y el (parcialmente) diferente modelo empleado por los dos tipos fundamentales de operador jurídico: juristas y jueces;¹ 5) argumentar a favor de la tesis de la autonomía de la metodología iuspositivista.

1. “Neoconstitucionalismo” es un término que ha entrado en el léxico de los juristas hace poco tiempo y que, si bien no tiene un significado unívoco, ha logrado una gran aceptación. En las páginas que siguen, el

* Este artículo forma parte de Carbonell, Miguel (compilador), Neoconstitucionalismo(s), que en breve publicará la Editorial Trotta, en Madrid, España. A ella se refieren algunas de las referencias que la autora hace en las notas a pie de página

** Profesora en la Universidad de Génova Traducción al Castellano de Miguel Carbonell Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

¹ Se podría objetar que también el legislador es uno de los tipos fundamentales de operador jurídico. Pero: por un lado, el legislador puede ser caracterizado sobre todo como operador político (y, como será aclarado en seguida, puede ser asimilado al juez, en la medida en que también éste último desarrolla una actividad volitiva), por otro lado, si bien se puede sostener que el legislador aplica la Constitución, hay que hacer notar que esta actividad no es aplicativa en el mismo sentido en que lo es la del juez (por poner un ejemplo, el legislador no debe motivar sus decisiones y sobre todo no debe hacerlo en la misma forma en que lo hace un juez). Además, ya que se tratará de interpretar el derecho positivo existente, y no de crear nuevo derecho, he elegido hacer a un lado al legislador de las consideraciones que siguen, asumiendo que su actividad no es de interpretación y aplicación del derecho, sino justamente una actividad política dirigida a la producción de nuevo derecho.

término “neoconstitucionalismo” será empleado para indicar una precisa prospectiva iusfilosófica que se caracteriza por ser constitucionalista (o sea por insertarse en la corriente iusfilosófica dedicada a la formulación y predisposición de los límites jurídicos al poder político) y antipositivista. El neoconstitucionalismo tiene como objeto específico el análisis de los modernos ordenamientos constitucionales y democráticos de Occidente.

El argumento neoconstitucionalista parte del dato positivo de la constitucionalización del *bill of rights*, o sea de un catálogo más o menos detallado de derechos fundamentales, y de la justiciabilidad de la carta fundamental por obra de un órgano para ello específicamente predispuesto, es decir, por el juez de las leyes. A partir de tal dato positivo, el neoconstitucionalismo propone un cierto modelo teórico para la explicación y descripción del derecho del Estado constitucional, caracterizado por negar la tesis iuspositivista de la separación conceptual entre derecho y moral. El neoconstitucionalismo, en fin, propone también un modelo axiológico-normativo bajo cuyas líneas debería desarrollarse el derecho real. Este modelo axiológico-normativo es peculiar, ya que no requeriría la formulación de un ideal jurídico independiente (externo y separado) del derecho positivo; o sea, no individualizaría el ideal en un “objeto” distinto del derecho real. Al contrario, pretendería poder alcanzar el ideal jurídico a través de lo que podría llamarse una “proyección” evolutiva, expansiva y necesaria, del contenido del derecho constitucional positivo. En particular, el modelo normativo individualizaría el ideal jurídico en el desarrollo de los derechos fundamentales, de acuerdo con una línea que el neoconstitucionalismo parece entender como ya trazada (en este sentido he utilizado el término “necesaria”) o inmanente en el mismo contenido de tales derechos, como si tal dirección evolutiva pudiera ser recabada de una mera deducción del texto constitucional, de la formulación textual de los derechos mismos.²

Aunque, sin embargo, incluso así delimitado, el término “neoconstitucionalismo” no posee un significado unívoco y de él se pueden

² Cfr. T. MAZZARESE, *Appunti del corso di filosofia del diritto*, años 2000/2001, impartido en la Facultad de Jurisprudencia de la *Università degli studi di Brescia*, inédito. Mazzarese individualiza tres posibles sentidos de “neoconstitucionalismo”: i) En un primer sentido, “neoconstitucionalismo” indicaría un rasgo caracterizador de algunos ordenamientos jurídicos: en particular, el dato positivo por el cual el ordenamiento presenta una Constitución que, además de contener las reglas de individualización y de acción de los órganos principales del Estado, presenta un elenco más o menos amplio de derechos fundamentales; ii) En un segundo sentido, “neoconstitucionalismo” indicaría un cierto modelo explicativo del contenido de determinados ordenamientos jurídicos (los indicados en el punto precedente), o sea el término indicaría un

hacer diversas lecturas, con tal término quiero indicar la perspectiva iusfilosófica en el ámbito de la cual pueden estar comprendidas la obra de Ronald Dworkin, de Carlos S. Nino, de Gustavo Zagrebelsky y de Robert Alexy (por citar casos muy conocidos y paradigmáticos). Así identificado, el neoconstitucionalismo me parece que se presta sobre todo a una lectura estrictamente anti-iuspositivista (o iusnaturalista).³ Mi parecer se basa en algunos datos que se encuentran en la literatura neoconstitucionalista, como las evidentes críticas que los autores agrupados bajo tal apelativo dirigen al iuspositivismo. Se me podría objetar que es azaroso etiquetar a autores tan distintos bajo la denominación de “neoconstitucionalismo”, extraña a gran parte de ellos. En realidad, todos estos autores se pueden poner en común porque critican el positivismo jurídico en tanto que incapaz de dar cuenta del moderno Estado constitucional.

La argumentación anti-iuspositivista del neoconstitucionalismo, *grosso modo*, se apoya en los cambios estructurales que han llevado al Estado constitucional a modificar el Estado de derecho, o mejor dicho, al Estado legalista decimonónico. La arquitectura de este último ordenamiento, que se caracterizaba por la reducción de todas las fuentes jurídicas a la ley –lo que representaba, por un lado, la expresión de la voluntad del legislador y, por otro, el principio de legalidad–, ha sido modificada con la introducción de la carta constitucional, que ha puesto a la ley en una posición subordinada y ha introducido, junto a los criterios de validez formal ya presentes, criterios de validez material capaces de condicionar la actividad legislativa incluso en sus contenidos y no sólo en sus formas. Según estos críticos, el iuspositivismo se encontraría inescindiblemente ligado a la arquitectura institucional del Estado decimonónico-legalista, hasta el punto de revelarse totalmente inadecuado para dar cuenta del nuevo estado de cosas, es decir, del derecho del Estado constitucional. En suma, cambiado el objeto, también el método de análisis se habría modificado, ya que está conectado al primero de forma necesaria.

cierto paradigma del derecho, de sus formas de aplicación y de conocimiento; en este segundo sentido “neoconstitucionalismo” no indica por tanto nada en el mundo, sino que más bien representa un modelo teórico; iii) En un tercer sentido, el término “neoconstitucionalismo” indicaría un modelo axiológico-normativo del derecho, un modelo ideal al que el derecho positivo debería tender. Este ideal, sin embargo, no sería un “objeto” externo y separado del derecho concreto, sino, por el contrario, sería el mero desarrollo y la mera concretización del derecho real, sobre la base de los principios y de los valores que en este último están expresamente enunciados.

³ Cfr., por ejemplo, P. COMANDUCCI, *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis meta-teórico*, incluido en el presente libro

Distintas serían las razones para la “superación” de la metodología iuspositivista. Quizá una de las más relevantes se refiere a la noción de validez jurídica que aquella presupondría: la que se entiende como estricta o exclusivamente formal, que se revelaría inadecuada para ser empleada por el derecho del Estado constitucional, cuyas normas serían válidas, antes que nada, por satisfacer criterios materiales, o sea por su contenido. El derecho de los ordenamientos jurídicos occidentales posteriores a la Segunda Guerra Mundial sería un ejemplo concreto de derecho constitucionalizado,⁴ para cuyo estudio el iuspositivismo sería inadecuado. Estos ordenamientos tienen constituciones que han recogido, justamente, un gran número de “principios de justicia”, de derechos fundamentales (además de los derechos de libertad, también los sociales), que han impuesto al Estado tareas de intervención en la sociedad y en la economía transformándolo, en sustancia, de árbitro a jugador, de modo que el Estado no podría limitarse al respeto de las libertades negativas, sino que debería asumir tareas activas para volver efectivos los llamados derechos positivos. Todas estas previsiones normativas, que en el Estado legalista, si es que estaban presentes, representaban meras enunciaciones políticas desprovistas de una efectiva tutela jurisdiccional, en el Estado constitucional son justiciables, son efectivamente jurídicas. Ahora bien, debido a que, sin embargo, la constitucionalización de tales principios y derechos ha positivizado estos valores a través de expresiones vagas, elásticas, imprecisas, y ya que con ellas no ha sido positivizado también su concepción y su peso recíproco, estos mismos derechos o valores para ser interpretados y aplicados tendrían necesidad de una toma de posición moral destinada a darles concreción. Esta función de concretización sería una de las que la legislación y la jurisdicción (en particular el tribunal constitucional), pero también la ciencia jurídica, deberían llevar a cabo.

El positivismo, sin embargo, habiendo expulsado de su horizonte de análisis a los valores éticos, no podría llevar adelante esta función. Sin ese análisis, afirma el neoconstitucionalismo, el positivismo jurídico no alcanzaría ni siquiera a ofrecer una correcta descripción del derecho positivo, ya que –reformulando la distinción hartiana entre punto de vista externo y punto de vista interno como aquella entre participantes y observadores del juego–, si es prioritario el punto de vista del participante, que es normativo por definición, no sería posible ofrecer ni

⁴ Cfr. R. GUASTINI, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, incluido en el presente libro

siquiera una descripción del derecho positivo sin tener en cuenta los valores en juego y las concepciones relativas. De hecho, debido a que desde el punto de vista interno las normas serían “razones para la acción”, el sistema jurídico debería necesariamente presentar un contenido moralmente correcto para poder ser considerado como derecho; contenido que debería, justamente, ser recogido en el análisis jurídico. La misma noción descriptiva del derecho positivo se revelaría inadecuada, dado que mostraría un sistema carente de tales contenidos morales que, sin embargo, no daría efectivamente cuenta del derecho del Estado constitucional; cuando más, un sistema jurídico como ese podría aportar razones meramente prudenciales (por ejemplo fundadas sobre el temor de la sanción prevista), pero estas últimas no podrían considerarse como razones para la acción. En definitiva, la expulsión de los valores del campo de investigación del iuspositivismo lo volvería obsoleto para el nuevo paradigma del derecho constitucional.

Desde la perspectiva neoconstitucionalista no se podría ni siquiera reconstruir el derecho del Estado constitucional a través de su carácter coercitivo, ya que ese derecho plagado de valores tendría como fundamental tarea la de desarrollar el bien común. El ejercicio de la fuerza no sería uno de sus elementos definitorios, sino sólo un elemento accesorio, determinado por circunstancias contingentes. Lo que permitiría, en última instancia, calificar como “jurídico” a un sistema normativo o a una norma singular, por tanto, sería el contenido de justicia que expresaran. Se nota, en todo caso, que el neoconstitucionalismo entiende que tal contenido de justicia es interno al derecho, es decir positivizado: los principios de justicia, los derechos, de hecho, si bien son desde hace tiempo positivos, estaban “relegados en el limbo de las proclamaciones meramente ‘políticas’, privados de incidencia jurídica concreta”,⁵ pero con la conciencia poco a poco adquirida se fueron afirmando, enriqueciendo y generalizando hasta convertirse en objetivos a perseguir por los poderes públicos.

Este cambio del Estado de derecho habría determinado el re-enlazamiento del vínculo entre derecho y moral, cortado por el positivismo jurídico, que estructuralmente se pondría en evidencia en la posición subordinada de la ley en el sistema de las fuentes. En el Estado constitucional es la Constitución la norma jerárquicamente más elevada, no sólo formalmente, sino también desde un punto de vista sustancial. La Constitución, de hecho, no impondría al legislador solamente el respeto lógico-formal sobre sus propias decisiones, sino también el

⁵ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Turín, 1992, p. 123 (hay traducción al castellano de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995).

desarrollo de tales normas constitucionales y sobre todo su aplicación. Las Constituciones de que se trata estarían dotadas de una fuerza invasiva general, derivada justamente de haber constitucionalizado toda una serie de valores que convertirían a la Constitución en un objeto completamente diferente del derecho infraconstitucional: la Constitución sería un valor en sí.⁶ El derecho no constitucional, por otro lado, formado prevalentemente (aunque no en forma exclusiva) por normas, representaría, *grosso modo*, el objeto paradigmático de la metodología iuspositivista, precisamente pensada para un sistema carente de valores éticos, fundado sobre meros criterios formales de pertenencia: un derecho legalista compuesto de normas ligadas entre ellas por criterios formales. Sin embargo, una vez que todo el derecho positivo ha sido efectivamente “constitucionalizado”,⁷ ni siquiera de este derecho el iuspositivismo podría dar cuenta, ya que la fuerza invasiva de la Constitución impondría una reformulación del entero derecho positivo según los cánones materiales en ella contenidos.

El derecho del Estado constitucional, en suma, formado (también y sobre todo) por principios, no sería apto para la aproximación “rígida” y poco “dúctil” del método iuspositivista, que finalizaría por desatender las exigencias de justicia (sustancial y no meramente formal) que la realidad práctica del derecho llevaría en sí mismo.⁸ El derecho por principios, “dúctil” por naturaleza, es decir a un tiempo invasivo y flexible, tendría necesidad de una metodología interpretativo-aplicativa no severamente deductiva, como de la subsunción —entendida correcta o incorrectamente como propia del iuspositivismo—, sino de una técnica ponderativa, conectada a la razonabilidad práctica y a instrumentos equitativos.⁹ Una metodología, por tanto, dirigida a la ponderación o al balanceamiento de los principios y de los valores en juego, en cada ocasión transportados al caso concreto, que permitiría tener en cuenta las exigencias de justicia que cada vez cada caso, justamente, lleva consigo. El intérprete, en el fondo, deberá elegir entre la estricta legalidad y la justicia sustancial, adoptando la solución menos traumática y más compatible con la realidad (ocasional) y con el sistema jurídico en su

⁶ Cfr. P. COMANDUCCI, “Ordine o norma? Su alcuni concetti di costituzione nel Settecento”, en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1990; Id., “Interpretazione della costituzione”, en Id., *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Turín, 1998, pp. 97-123; Id. “Modelos e interpretación de la Constitución” en Carbonell, Miguel (compilador), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2000, pp. 123-154; M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994; S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Turín, 2001.

⁷ Cfr. R. GUASTINI, “La constitucionalización...”, *cit*

⁸ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto...*, *cit.*, por ejemplo, pp. 187 y ss.

⁹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *ibidem*, por ejemplo, pp. 180 y ss.

conjunto, haciendo así prevalecer uno u otro valor contingentemente relevante. Es claro que el intérprete privilegiado, que de este modo asume también la tarea de custodio del constitucionalismo moderno, será el juez de las leyes. Este último, al que le está confiada la tarea de “garantizar” la Constitución, abandonando, si es que alguna vez lo ha ejercido, el papel de “legislador negativo”, se transforma en “legislador concurrente” y, con una actividad extensa y penetrante, se empuja a remodelar la ley sobre los contenidos de la Constitución, formulando así, al mismo tiempo, la “Constitución-norma”, o sea la específica concepción (elegida de entre las contenidas en el texto) del significado de las normas constitucionales, que se afirma positivamente en el derecho concreto.¹⁰ Desde la perspectiva neoconstitucionalista, sin embargo, la actividad que permite el paso de la “Constitución-documento” a la “Constitución-norma” no se caracteriza como discrecional, ya que el ideal jurídico al que se adecua sería interno al derecho positivo mismo y de ese modo tal actividad resultaría completamente vinculada. Presupuestos estos datos, a la ley no solo le quedaría una posición subordinada al dictado constitucional, sino un papel en cierta forma residual, ya que se convertiría en mero instrumento de actuación (más concreto) de los principios constitucionales: perdiendo así su carácter de libre expresión del poder político. No habrá más espacio para meras *political questions*, puesto que cada elección legislativa, debiendo conformarse al desarrollo de los valores constitucionalizados, será necesariamente justiciable sobre la base de la “Constitución-norma” que se ha afirmado como derecho concreto.

Si bien el neoconstitucionalismo afirma que existe una incompatibilidad entre positivismo jurídico y derecho del Estado constitucional, hay que recordar que “constitucionalismo” y “iuspositivismo” presentan fuertes conexiones: por poner solamente un ejemplo, se ha sostenido que, al menos en el área germana, el positivismo jurídico ha subrogado al constitucionalismo liberal, allí muy débil.¹¹ Pero las razones neoconstitucionalistas de tal incompatibilidad pueden ser esquematizadas considerando las siguientes oposiciones, construidas sobre la base de la tripartición bobbiana de los sentidos del “positivismo jurídico”.

¹⁰ Cfr. R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Turín, 1990, COMANDUCCI, P., “Interpretazione della”, *cit*

¹¹ En el área alemana, donde no se había desarrollado un verdadero constitucionalismo liberal, porque las ascendientes fuerzas de la burguesía no habían podido dar vida a una verdadera teoría del Estado y no habían sabido imponer una Constitución claramente orientada en sentido liberal, es la ciencia jurídica iuspositivista la que asume la tarea de definir las características del Estado, cfr. M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milán, Giuffrè, 1979, p. 368.

a) “Iuspositivismo como ideología” versus constitucionalismo. La incompatibilidad entre estos dos “objetos” sería total y evidente. El positivismo ideológico sostiene que el derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, es justo y debe ser obedecido, en virtud de un deber moral. El constitucionalismo parece, por el contrario, la ideología política menos complaciente con el poder.

b) “Iuspositivismo como teoría” versus constitucionalismo. La incompatibilidad en este caso derivaría sobre todo de la posición soberana que posee la ley ordinaria en la conceptualización iuspositivista. En el Estado constitucional, por el contrario, la función y la jerarquía de la ley tienen un papel subordinado a la Constitución. Y tal subordinación no sería sólo formal, sino también sustancial. El autor de la ley, de hecho, no sería el órgano supremo del sistema institucional sino que estaría subordinado a la Constitución y sería esta última la “norma suprema” del ordenamiento. Es justamente con el Estado constitucional, de hecho, que según algunos se alcanzaría la antigua aspiración del “gobierno del derecho” contrapuesto al “gobierno de los hombres”. Serían, de hecho, los principios de justicia constitucional los que determinarían la dirección que debería tomar el derecho positivo.

c) “Iuspositivismo como metodología” versus constitucionalismo. La incompatibilidad, en este caso, derivaría que el primero separó el derecho y la moral, expulsando a ésta del horizonte jurídico. Esta separación, y la consiguiente afirmación de que el derecho puede ser estudiado simplemente como hecho social por un observador neutral, determinaría la incompatibilidad, ya que el derecho del Estado constitucional necesitaría, para ser estudiado y comprendido, de una toma de postura moral, requeriría una actitud ética. El derecho constitucional estaría plagado de principios morales positivizados, que habrían reconducido al interior del discurso jurídico las problemáticas morales.

Si bien el de “neoconstitucionalismo” es un término no unívoco y empleado para indicar “objetos” diferentes, una vez asumido como teoría del derecho del Estado constitucional contemporáneo no creo que sea una de las posibles reconstrucciones teóricas-descriptivas de los ordenamientos jurídicos constitucionales. Entiendo, más bien, que se trata de una teoría normativa de cómo tales ordenamientos deberían ser (aunque hay que subrayar que podría también representar un intento de racionalizar *ex post* el recorrido que tales ordenamientos están de hecho haciendo: en esta medida podría entenderse el aspecto descriptivo del neoconstitucionalismo, si no fuera, como creo, la expresión de una

apología del presente). El aspecto normativo de esta teoría se pone en evidencia inequívocamente en la negación de la tesis de la separación entre derecho y moral, que termina por reducir lo normativo del derecho, justamente, a la moral.

Quizá la expresión más clara de esta prospectiva teórica, al menos por lo que hace al argumento que aquí interesa, es la que Carlos S. Nino ha expuesto en su libro póstumo *Derecho, moral y política*.¹² El autor ha sostenido que la separación iuspositivista entre derecho y moral (y política –también ella conectada a la moral–) habría de ser abandonada, ya que, una vez que la actividad política ha devenido democrática, el derecho así producido si fuera despolitizado estaría privado de legitimación¹³ y resultaría fundado sobre la mera autoridad, pero, si así fuera, no podría ofrecer razones suficientes para justificar acciones. En particular, este defecto emergería una vez que se consideraran las necesidades de la interpretación y de la justificación en la aplicación del derecho positivo.¹⁴ Sin embargo, la posición neoconstitucionalista en mi parecer paradigmática es la que ha llevado adelante Gustavo Zagrebelsky.¹⁵

Este último, quizá más claramente que otros, se ha adherido a la tesis de la especificidad constitucional, sosteniendo que la Constitución plagada de valores representa un objeto “genéticamente” diferente del derecho infraconstitucional, por lo cual el aparato teórico y metodológico iuspositivista no sería adecuado para dar cuenta de este objeto: una vez modificado el objeto, no solo la teoría (ligada al derecho del Estado legalista decimonónico), sino también la metodología sería modificada (ya que está inescindiblemente conectada a la teoría).

Al contrario de cuanto afirma el neoconstitucionalismo, me parece que es defendible tanto la autonomía de la metodología iuspositivista respecto a las teorías del Estado decimonónico, cuanto la validez del método positivo como instrumento de análisis de los sistemas jurídicos contemporáneos, justamente por su tesis de la separación conceptual entre derecho y moral.

2. Presupuesto imprescindible para cualquier tipo de análisis creo que es la claridad, por lo que me parece correcto explicitar un punto que no es de hecho claro en el debate.

¹² Cfr NINO, C S, *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994.

¹³ Cfr NINO, C S, *ibidem*, pp 14-15.

¹⁴ Hay que hacer notar que Nino no rechaza la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral

¹⁵ Cfr, para todos, G ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit.

Si bien se habla de la conexión entre derecho y moral dando por descontado de qué es de lo que se está discutiendo, hay que recordar que el término “moral” es polisémico;¹⁶ al menos cuatro pueden ser sus significados principales.

En un primer sentido, el término “moral”, que convengo en llamar *individual*, indica el conjunto de principios referidos al comportamiento humano en relación a la idea que cada uno tiene de lo que esté bien y de lo que esté mal. La moral individual es históricamente determinada y contingente, puede ser reconducida a hechos y como tal descrita en términos valorativamente neutrales. Por otro lado, se puede dudar de la posibilidad de configurar una moral puramente individual, de la misma forma en que se puede dudar de la posibilidad de observar privadamente una regla.

En un segundo sentido, el término “moral”, que convengo en llamar (y que comúnmente se llama) *positiva*, indica un conjunto de principios referidos al comportamiento humano en relación a la idea, y a la consiguiente práctica efectiva, que un determinado grupo social tienen del bien y del mal. La moral positiva, como la individual, es contingente e históricamente determinada: está intrínsecamente conectada con una situación social dada, puede ser reconducida a hechos descriptibles en modo valorativamente neutral con las metodologías de las ciencias sociales.

En un tercer sentido, el término “moral”, que convengo en llamar *concertada*, hace referencia a un conjunto de principios referidos al comportamiento humano, elaborados a través de un debate intersubjetivo conducido según reglas predeterminadas, en relación a la idea que los participantes en el debate tienen del bien y del mal. Este tipo de moral podría ser ejemplificada haciendo referencia a las innumerables normas éticas extraíbles de las declaraciones de derechos humanos que se hayan creado por acuerdo internacional. También en este caso, me parece, se puede atribuir a esta moral el carácter de la positividad, si bien en un sentido parcialmente diferente del atribuido al segundo tipo de moral. La concertada, de hecho, puede llamarse positiva, no porque sea efectiva (como la otra), sino porque es producida por actos humanos y, por tanto, descriptible según los métodos de las ciencias sociales, en modo avalorativo. La conceptualización de este tipo de moral como una suerte de ideal positivo, por otro lado, puede presentar alguna dificultad, ya que la mayor parte de los principios de justicia (si no es que todos) tienen una

¹⁶ No me detengo en la ambigüedad que, se me podría hacer notar, afecta también a la palabra “derecho” y asumo el término en el mero sentido de “positivo”, es decir derecho producido por actos humanos.

raíz cultural netamente occidental y esto podría dar lugar a una cierta hegemonía cultural, que minaría el requisito de la imparcialidad de las culturas.¹⁷

Podría ser considerada un caso peculiar de moral en el tercer sentido también la que es comúnmente llamada *crítica*, que consiste en los juicios éticos que serían expresados en condiciones ideales de omnisciencia y tranquilidad, sobre la base del principio de universalización. También en este caso, de hecho, me parece que dependería del debate intersubjetivo —del grado de correspondencia del debate con el ideal hipotético, definible solo en la medida en que este último muestra su naturaleza contingente e histórica— y creo, por tanto, que es históricamente determinada (ya que lo serían, en todo caso, los criterios que regulan el debate y, por tanto, su misma importancia, universalidad, neutralidad), de modo que también ella podría llamarse positiva en el mismo sentido en el que se puede decir de la moral concertada. Haciendo abstracción de las dificultades prácticas que afectan tanto a una como a la otra en este tercer sentido, se puede imaginar un debate que, tomando en cuenta todas las instancias, pueda conducir a una suerte de nivel mínimo de acuerdo moral. En definitiva, si bien representan una abstracción y quizá, sobre todo, una aspiración también estos tipos de moral, como la que se ha enunciado en el segundo sentido, están siempre históricamente determinadas y son contingentes, ligadas al desarrollo social y al nivel del debate intersubjetivo. Ambas, por tanto, pueden llamarse positivas en cuanto expresas y, al menos en el caso de la concertada, en cuanto expresas en documentos jurídicos o dotados de gran valor, pero no son necesariamente efectivas. Corresponden más bien a un modelo normativo que se entiende como bueno perseguir.

En un cuarto sentido, el término “moral” indica un “objeto” totalmente diferente de los precedentes que convengo en llamar *universal* (o bien que se podría llamar también *objetiva*). Esta difiere profundamente de las otras y consiste en un conjunto de principios referidos al comportamiento humano justo en sí mismos, sin alguna relación con lo que los seres humanos creen que sea el bien y el mal. La moral universal indicaría lo que es justo y lo que es equivocado en un sentido a-histórico y a-espacial. Sería independiente del desarrollo social y de cualquier debate intersubjetivo. No sería reducible a hechos y analizable con las metodologías de las ciencias sociales. En sustancia, sería puro valor.

¹⁷ Cfr., L. BACCELLI, “Diritti fondamentali e rischi dell’universalismo”, conferencia dictada en el curso de Filosofía del derecho en la *Facultad de Jurisprudencia de la Università degli Studi di Brescia*, años 2000/01

3. El neoconstitucionalismo, se ha sostenido, rechaza la tesis iuspositivista de la separación, y afirma que los documentos constitucionales habrían determinado el reanudamiento del cortado vínculo entre derecho y moral.

Las Constituciones de que se trata, de hecho, se diferenciarían del derecho infraconstitucional no solo por una cuestión de grado o de jerarquía normativa, sino por su contenido cualitativo. La incorporación de los valores, ahora bajo la forma de derechos fundamentales, determinaría la inseparabilidad del valor ético respecto del contenido meramente jurídico de la Constitución, determinando la especificidad de tal documento y requiriendo una interpretación moral del texto fundamental. Esto debido a que, para atribuir un sentido a las disposiciones constitucionales, sería necesario adscribir primero un sentido concreto a los valores y, por tanto, adoptar una cierta concepción de los principios y de los derechos fundamentales.¹⁸ De este modo, la Constitución evidenciaría su especificidad respecto al resto del derecho positivo poniéndose en el vértice del ordenamiento jurídico no sólo y no tanto por su posición jerárquica, sino sobre todo por su valor moral, que parecería el único capaz de dar unidad a un sistema que habría perdido su sistematicidad interna a causa de la “pérdida de sentido, pulverización e incoherencia de la ley y de las otras fuentes del derecho”.¹⁹ “La ley —como escribe Zagrebelsky— un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales”.²⁰ Una tarea que el neoconstitucionalismo entiende inexistente en el pasado legalista del Estado de derecho, ya que imagina esa sociedad política en sí misma unida y pacífica; pero en la contemporánea comunidad política (diversificada y multicultural) “lo que (debería) asegurar el logro de esta tarea de unidad sería el principio de constitucionalidad”. La constitucionalización del ordenamiento, de hecho, no representaría la mera introducción de una instancia más elevada de soberanía al interior del esquema piramidal del ordenamiento, no representaría la mera

¹⁸ En realidad el neoconstitucionalismo no parecería pretender ni siquiera una interpretación sistemática de todo el cuerpo de los valores, pero parecería entender necesaria la adopción de una cierta concepción del principio o de los principios objeto de la particular interpretación o de las interpretaciones conectada/os a ellos de alguna manera.

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto...*, cit., p 47 (p. 39 de la traducción al castellano citada).

²⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto...*, cit., pp. 48-49 (p. 40 de la traducción al castellano citada).

sustitución de la soberanía legislativa con la soberanía abstracta de la Constitución, sino que determinaría una mutación cualitativa del derecho por entero.²¹

Lo que parece dividir a neoconstitucionalistas y positivistas es la concepción de la Constitución,²² documento lleno de valores para unos y documento jurídico para los otros. Pero no es sobre esto sobre lo que quisiera detenerme en este momento. Quisiera preguntarme, por el contrario, a cuál sentido de moral se hace referencia cuando se afirma o se niega su conexión con el derecho positivo. Sintetizando una de las tesis fundamentales del neoconstitucionalismo, si podría afirmar que en el derecho del Estado constitucional las normas han sido sustituidas por los valores.²³ Esto explicaría tanto la inadecuación de un método iuspositivista pensado para un derecho compuesto solamente por normas, como el del Estado legalista, como la incompatibilidad de esa última perspectiva iusfilosófica con el derecho del Estado constitucional que pretendería un acercamiento *dúctil* y no rígidamente deductivo como el propuesto por el iuspositivismo.

Ahora bien, ¿de qué moral se trata cuando se afirma su conexión con el derecho positivo? Si se hiciera referencia a la moral positiva no me parece que se diera lugar a alguna diversa ordenación entre normas y valores. Estos últimos, que (los neoconstitucionalistas sostienen) habrían tomado el sitio de las normas en el derecho del Estado constitucional, vendrían concretizados haciendo referencia a la concepción de los principios constitucionales presente en la comunidad político-social de referencia. Presumiblemente se haría un reenvío a la concepción en torno a la que es posible lograr un más amplio consenso. Desde este punto de vista, la moral sería entonces reductible a hecho y podría ser revelada sin algún compromiso valorativo, no sería considerada como valor y no supondría particulares problemas de verificación. El vínculo entre derecho y moral me parece *lapalissiano* y no creo que sea negable.²⁴ Me parece obvio, de hecho, que el contenido

²¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto...*, cit., p. 49.

²² Cfr. P. COMANDUCCI, "Ordine o norma? . . .", cit., Id., "Interpretazione.", cit.; S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo...*, cit.

²³ Cfr., por ejemplo, R. ALEXY, "Sistema jurídico y razón práctica", en Id., *El concepto y la validez del derecho*. Gedisa, Barcelona, 1994, pp. 159-177; este volumen contiene la traducción de *Begriff und Geltung des Rechts*, Alber-Reihe, München, 1992.

²⁴ Este tipo de conexión podría, quizá, y para un cierto tipo de iuspositivismo, representar un problema, si el jurista-juez debiera justificar la decisión remitiéndose a una norma de la moral positiva, pero sin remitirse a una disposición jurídica. Este tipo de justificación no es, sin embargo, compatible con el Estado de derecho (del que el Estado constitucional es un tipo) y, en todo caso, si sucediera de forma generalizada se determinaría una modificación en la regla de reconocimiento, por medio de la cual el sistema jurídico no

de todas las disposiciones que en forma diversa hacen referencia a conceptos como, por ejemplo, la igualdad, son determinados sobre la base de las creencias compartidas por la comunidad, como del resto de las creencias depende, por ejemplo, una actividad entendida como típicamente jurídica como la construcción sistemática del derecho o de sus partes.²⁵ Pero no es a esta moral a la que el neoconstitucionalismo parece referirse y esto, en cierto sentido, parece perfectamente comprensible, ya que son tristemente notables las aberraciones a las que la sobreposición de la moral positiva sobre el derecho positivo puede conducir (por ejemplo, al legalismo ético).

Un discurso parcialmente análogo se podría hacer si la referencia fuera a la moral concertada, ya que, en la medida en que, como ya se ha sostenido, sea considerada positiva, también ella puede ser reconducida a hechos (por ejemplo a los hechos que han llevado a su deliberación o a los documentos en los que se encuentra contenida) y así revelada a través de los métodos de las ciencias sociales. En realidad, el uso de esta moral (la crítica me parece que presenta características análogas) por parte de los intérpretes constitucionales para dar concreción a los principios cambiaría su naturaleza transformándola en, se podría decir, “doblemente” positiva, ya que sería considerada positiva no sólo como expresión de actos humanos, sino también porque se convertiría en efectiva en la medida en que estuviera expresada en documentos jurídicos dotados de autoridad y por tanto en posibilidad de imponerse a los otros componentes de la comunidad. Es decir, si hipotéticamente fuera la moral seguida por los jueces constitucionales (protagonistas de la interpretación constitucional), encontraría reconocimiento jurídico en las sentencias del juez de las leyes y sería evidentemente positiva en tanto que reconducible a actos humanos. Pero no solo esto, se convertiría también en positiva en el sentido de efectiva, ya que adquiriendo fuerza jurídica y, por tanto, transformándose en una norma jurídica, se impondría a los coasociados, convirtiéndose en una moral positiva en el segundo sentido enunciado no solo para aquella parte de la comunidad capaz de imponer la propia interpretación moral de la Constitución, sino para todos los miembros de la comunidad en la me-

sería más un Estado de derecho como hoy se le concibe. Esto no impide, de todos modos, que el derecho así justificado podría sin embargo ser reconducido al menos a los hechos de su aplicación y, aún sobre la base de la identificación del código moral al que el derecho debería corresponder en el nuevo sistema, podría ser descrito en modo avalorativo.

²⁵ Y para tener un simple ejemplo es suficiente analizar la jurisprudencia italiana más reciente sobre el tema del derecho de familia que, poco a poco, está cambiando la interpretación sistemática de las normas del código civil sobre todo en materia de tutela de los hijos

didada en que están sujetos al derecho. Esta actividad de aplicación, en definitiva, llevaría a la “total” positivación de la moral concertada, reduciendo así el tercer sentido al segundo.²⁶

Tanto en el primer sentido como en el segundo, sin embargo, no encuentro que la metodología iuspositivista sea inadecuada para dar cuenta del vínculo entre derecho y moral; la moral positiva o concertada que sea podría ser reconducida, como el derecho, a hechos descriptibles con las metodologías de las ciencias sociales. No parece ni siquiera la moral concertada, por tanto, aquella a la que el neoconstitucionalismo se refiere, si bien ésta última me parece apta para ser asumida en discursos normativos de tipo constitucionalista.

Si la conexión de que se trata, por un lado, debería aparecer conforme a la prospectiva normativa del constitucionalismo (en cuanto doctrina de los límites del poder) y, por otro lado, debe ser alguna cosa que el positivismo jurídico niega, se trata entonces de la moral universal. Si el reenvío fuera a la moral universal no se podría operar ninguna reducción fáctica, ya que el reenvío no sería a alguna cosa que pudiera ser empíricamente revelada, sino a alguna cosa que es justa en sí misma siempre: no está contingentemente determinada. En este caso, el reenvío a la moral universal pretendería efectivamente su sobreordenación a las normas jurídicas, que encontraría justificación en su naturaleza de “verdad” o de “justicia” universal u objetiva. En este punto, sin embargo, surgiría el problema de la identificación de los criterios aptos para individualizar este tipo de moral, ya que en su ausencia el reenvío operado por el derecho quedaría como letra muerta.

4. De la breve distinción propuesta, me parece que las dudas en torno a la naturaleza de los principios constitucionales han desaparecido. Estos, me parece innegable, son positivos. Si bien es cierto que detrás de una afirmación de principio, sea o no moral, existe siempre la pretensión de su universalidad, me parece difícil negar la naturaleza contingente e históricamente determinada de los principios constitucionales. De modo que, si por un lado parece obvio que la decisión política que lleva a la positivización de un valor pretende constitucionalizar un “objeto” que posee cualidades universales, me parece también cierto que la conceptualización de ese valor, su significado positivo, está históricamente determinado y cambia en el curso del tiempo aunque mantenga con frecuencia la misma denominación (es emblemático el

²⁶ No tomo en consideración la moral individual que claramente no es considerada por el neoconstitucionalismo y que, por un lado, reenviaría a la positiva y, por otro, podría reenviar a la plena discrecionalidad judicial

caso de la palabra “libertad”).²⁷ Si así están las cosas, y el valor transportado por los principios constitucionales no puede ser más que contingente e históricamente determinado, me parece importante para un análisis del derecho del Estado constitucional continuar separando lo que se aduce a favor de la naturaleza universal de tales principios (argumento normativo y de política del derecho), de cuanto se aduce para evidenciar la presencia positiva y la función que desempeñan en el derecho. De hecho, una vez constitucionalizado, por ejemplo, el principio de igualdad, su interpretación puede dar lugar a diferentes concepciones, todas perfectamente defendibles al interior del derecho constitucional. Se puede sostener que la ley, subordinada a la Constitución, no debe ser discriminatoria y de esa forma debe respetar el principio establecido, o bien se puede sostener que la ley debe remover las desigualdades para respetar y dar consistencia al principio afirmado. Pero no me parece que la elección entre una y otra concepción dependa del valor o del principio en sí mismos considerados; si no de la conceptualización de la igualdad que se comparte y también de la función que se atribuye al derecho y, por tanto, del papel que se quiere hacer jugar al principio.

En este punto del discurso me parece importante introducir otra distinción y/ precisión que con frecuencia parece olvidarse en el debate sobre este tema. Tiene que ver con el sujeto de cuyas actividades se discute. Es distinto, de hecho, el género de actividad llevado a cabo por el jurista respecto a la actividad del jurista-juez. Propongo llamar “individualización del derecho” a la primera e “individualización del contenido del derecho” a la segunda.

La actividad de individualización del derecho que, por seguir con el mismo ejemplo, consiste en la individualización del principio constitucional de igualdad, está dirigida a revelar su presencia en el texto constitucional y, eventualmente, a revelar las concepciones vigentes o posibles de tal principio: esta actividad puede ser conducida con una metodología iuspositivista. Si el operador de que se trate es un mero jurista, que quiere individualizar el derecho positivo, no tiene ninguna necesidad de recurrir a argumentos morales: podrá llevar a cabo su propio análisis de los hechos, ya que podrá tomar en consideración, además de los hechos que han llevado a la creación del principio (es decir, las disposiciones), los hechos atributivos de sentido (por ejemplos las sentencias). Desde este punto de vista, aún admitiendo la conexión entre derecho y (una) moral positiva, no existiría confusión entre el

²⁷ Cfr. M. BARBERIS, *Libertá*, Il Mulino, Bolonia, 2000

derecho real y el derecho ideal. Para este tipo de actividad meramente cognitiva no sirven criterios morales para individualizar el derecho positivo. Si lo que se ha afirmado es correcto, entonces no se observan razones por las que la metodología iuspositivista sea inadecuada para dar cuenta del derecho del Estado constitucional.

Distinto es el discurso si se trata de “individualizar el *contenido* del derecho”, que (con el mismo ejemplo) consiste en la individualización no en la formulación del principio de igualdad, sino en su *contenido*. Esta actividad es típica del jurista-juez y no será conducida solamente con la metodología iuspositivista, ya que consiste en operar una elección entre los diversos contenidos posibles, o sea entre las diversas concepciones de la igualdad. Esta actividad no tendrá como resultado un producto de conocimiento sino una decisión. Y ésta última, entre otras características, presenta aspectos normativos y/o axiológicos en la medida en que es sobre la base de un juicio de valor que el juez ha preferido a una en vez de la otra: de esta forma se presenta la idea de corrección, no solo jurídica, sino también moral, de la individualización del *contenido* del derecho. En la medida en que la individualización del contenido del derecho no representa la mera reiteración de otras interpretaciones, sino que representa la elección de una determinada concepción, y que por tanto no constituye una actividad de mero conocimiento, sino una actividad volitiva, puede encontrarse vinculada a la moral, la cual, desde el punto de vista de cualquier otro que no sea el jurista-juez que la asume, podrá no ser entendida como valor, sino que podrá entenderse como referida a las creencias éticas de la comunidad de referencia, o de las creencias personales del intérprete individual. Con una actitud favorable respecto a la elección, podrá entenderse que trata de la moral universal, pero, también en este último caso, desde el punto de vista externo será reconducible al hecho de su expresión. Es claro que, si bien puede no ser expreso, como sobreentendido a la elección de una concepción puede haber, o quizá normalmente hay, un juicio de corrección sobre la elección interpretativa operada. En esto se expresa la conexión entre derecho y moral positiva de la que se hablaba antes y que no se pretende negar.

Hay que recordar, sin embargo, que la decisión jurídica estaría jurídicamente justificada aún si el jurista-juez hubiera elegido una cierta concepción por mera indolencia o por conformismo o por cualquiera otra razón jurídicamente compatible, o sea: el argumento de la corrección es contingente y no afecta la validez jurídica de la decisión judicial (al menos en el Estado de derecho y también en el Estado constitucional). Es claro que, por el contrario, no se puede entender

como jurídicamente justificada (en el Estado de derecho y ni siquiera en el Estado constitucional) ninguna decisión que lo fuera sobre la única base del argumento de la corrección moral, sin alguna relación con el dictado positivo del derecho, es decir: la idea de corrección, además de ser contingente, está subordinada a la positivación del principio moral cuya específica concepción se entiende como correcta y es adoptada en la decisión.

Si no me equivoco, entonces, la contraposición entre iuspositivismo y neoconstitucionalismo no parece basarse tanto sobre la relevancia de una diferencia estructural del objeto estudiado, ya sea el ordenamiento jurídico del Estado legalista o el ordenamiento jurídico del Estado constitucional, sino más bien en la diferente teoría del derecho y de sus tareas que se entiende como propia de uno y del otro. Según el neoconstitucionalismo, en sustancia, las tareas meramente descriptivas que el iuspositivismo requiere al teórico no serían escindibles de las tareas normativas que el derecho del Estado constitucional pretendería del mismo. Pero si esta afirmación puede ser fundada cuando el sujeto que desarrolla la actividad interpretativa (de individualización del *contenido* del derecho) es el jurista-juez, no lo es por el contrario cuando el que desarrolla esa actividad de individualización del derecho es el mero jurista.²⁸

Entonces, si es necesario reconocer el mérito del neoconstitucionalismo por haber llamado la atención sobre este punto, sobre esta diferencia, obligando al mismo tiempo al propio iuspositivismo a rediscutir algunas cuestiones, es necesario también confirmar que el neoconstitucionalismo se ha equivocado si la conexión entre derecho y moral (positiva) de la que habla está referida a la actividad del mero jurista. Del mismo modo entiendo que se habría equivocado un iuspositivismo que afirmara que el jurista-juez puede *conocer* el derecho, o bien “individualizar el *contenido* del derecho”, sin recurrir a argumentos extra-jurídicos (es decir, sobre la única base de la interpretación textual); sin embargo, en la medida en que el neoconstitucionalismo afirme que tales argumentos extrajurídicos son necesariamente morales, o que la idea de corrección es una necesidad, sería éste último el que se habría equivocado.

5. Si bien es innegable la modificación estructural que ha transformado al Estado legalista en Estado constitucional, este cambio no requiere el abandono de la metodología iuspositivista; al contrario ésta

²⁸ Esta diversificación de la actividad, obviamente, vale también respecto al Estado legalista

última se presenta como irrenunciable para el desarrollo de las doctrinas de la limitación jurídica del poder. Afirmar que ese cambio estructural, si quiere ser significativo, impone la subalternidad del legislador a la Constitución, ya que aquel no puede entenderse más como “libre” y “autónomo” en sus propias elecciones, sino sujeto, justamente, al dictado constitucional, no cambia los términos del discurso. De hecho, como para cualquier otro principio constitucionalizado, también el de la subalternidad legislativa contiene más de una concepción constitucionalmente compatible. El legislador podría entenderse subordinado a la Constitución en cuanto que limitado por ella al respeto de ciertos principios o bien podría estarlo en tanto obligado por la Constitución al logro de determinados objetivos políticos. Como en el ejemplo ya enunciado del principio de igualdad, igual en el caso de la subalternidad, la elección entre una y la otra concepción no depende del texto de la Constitución, no depende de la Constitución-documento, sino de la teoría constitucional a la que se adhiere y por tanto a la elección de la Constitución-norma. En sustancia, es solo en razón de la adopción de un cierto contenido significativo de la Constitución (y por tanto de un cierto *contenido* del derecho) que se defiende una concepción del principio de subalternidad y es, por tanto, solo en una perspectiva de política del derecho que se puede defender o sugerir una aplicación determinada.

Es claro, entonces, que esta última actividad normativa no podrá ser conducida con los instrumentos de la metodología iuspositivista sin agregar una cierta concepción política o moral. Pero si así están las cosas, el neoconstitucionalismo reprochará al positivismo jurídico no ser una política del derecho. Sin embargo, es justamente gracias a su “no ser” normativo que el iuspositivismo resulta complementario de la doctrina de la limitación jurídica del poder y, al contrario, es en este ser una política del derecho que el neoconstitucionalismo no puede sustituir el papel del positivismo jurídico en el análisis teórico-científico del derecho.

Es curioso notar como análogas críticas fueron hechas al positivismo jurídico en el pasado: años atrás Nicola Matteucci publicaba un ensayo, titulado “Positivismo jurídico y constitucionalismo”²⁹ en el que afirmaba, justamente, la incompatibilidad entre iuspositivismo y constitucionalismo.

²⁹ Cfr N. MATTEUCCI, “Positivismo giuridico e costituzionalismo”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1963, pp. 985-1100, ahora reimpresso en edición limitada en Il Mulino, Bolonia, 1995

Ese trabajo tuvo (y tiene) el mérito de evidenciar, anticipándolas, algunas de las cuestiones que están (todavía) hoy en el centro de un amplio debate en torno al positivismo jurídico. Si bien es cierto que el renovado interés por este tema tuvo su origen, en los años más recientes, en la obra de Ronald Dworkin, seguida entre otras por las de Carlos S. Nino, Robert Alexy y Gustavo Zagrebelsky, el debate que en los años 60 tuvo como protagonistas a Norberto Bobbio y al propio Nicola Matteucci se revela incluso hoy extremadamente interesante y actual. Quisiera concluir esta breve nota volviendo a lo que Bobbio tuvo ya forma de aclarar.

En una carta dirigida a Matteucci, recientemente publicada por Costanza Margiotta,³⁰ respondiendo a algunas críticas que se le habían dirigido, Bobbio tuvo ocasión de escribir que probablemente la crítica constitucionalista entiende que el positivismo jurídico no se puede desvincular “de su abrazo mortal con el estatalismo, finalmente... los tres positivismos no serían tres sino uno, y ese uno es el estatalismo”³¹ o, de otra manera, que los tres sentidos no pueden estar desunidos. La observación de Bobbio es más que nunca actual y parece poderse dirigir hoy al neoconstitucionalismo cuando, justamente, reivindica la imposibilidad para el método iuspositivista de comprender y de dar cuenta del derecho del Estado constitucional, en la medida en que está inescindiblemente conectado al Estado legalista decimonónico.

Escribiéndole a Matteucci, Bobbio afirmaba: “Mi impresión es que Usted, del todo empeñado en la batalla antipositivista, haya terminado por sacrificar en el altar de la teoría estatalista también al método positivo, como si cambiando la construcción se debiera cambiar también el método”.³² Sin agregar una coma, la observación se podría dirigir hoy a los neoconstitucionalistas y, si Bobbio concedía a Matteucci el no saber si había hecho un buen cambio, creo que el neoconstitucionalismo (en cuanto teoría de los límites jurídicos al poder) haría justamente un mal negocio sacrificando el método positivo sobre el altar del legalismo.

El llamado de Bobbio en defensa de la autonomía de la metodología iuspositivista se aclara ulteriormente cuando, en la misma carta, señala cómo el abandono de la neutralidad científica conduce a llamar “Constituciones” solamente a las Constituciones *buenas*, y como se cae

³⁰ 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*, 2, 2000, respectivamente, pp 387-415, 416-425

³¹ *Ibidem*, “Lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci”, *cit.*, p. 419.

³² *Ibidem*, “Lettera di Norberto Bobbio...”, *cit.*, p. 422

en un error metodológico, justamente, cuando se termina por “creer que el derecho del que se habla cuando se quiere entender una Constitución buena es, algo distinto del derecho del que se habla cuando se hace referencia a una Constitución mala”.³³

Considerada hoy en día, la reflexión de Bobbio muestra lo discutible que es la impostación neoconstitucionalista y anti-positivista del problema constitucional que, con apoyo en la presunta necesidad de la interpretación moral, parece distinguir entre “verdaderas” y “falsas” constituciones, haciendo pasar una cierta “Constitución-norma” por “la” Constitución-documento y contribuyendo de este modo a aumentar el poder dispositivo de los intérpretes constitucionales. El uso no neutral del término “Constitución”, típico del neoconstitucionalismo, hacía notar ya Bobbio, induce a creer que para estudiar una Constitución que nos gusta, y que, por tanto, será considerada “verdadera”, se necesita un método diverso del que es necesario para estudiar una Constitución que no nos gusta, y que, por tanto, será considerada “no verdadera”. Pero esto es erróneo, no solo porque casi todos los Estados actualmente tienen una Constitución, sino porque los Estados tienen de todos modos normas fundamentales. Que subjetivamente se pueda preferir una Constitución a otra, sin embargo, no impide ver este hecho. Y, como ya subrayaba Bobbio, usar el término “Constitución” para designar únicamente las Constituciones “buenas” no es solo una cuestión lingüística, sino que induce a un error metodológico.

Discutiendo la impostación de Matteucci, Bobbio subrayaba que el análisis jurídico, si quiere ser teoría y no ideología, “cuando...habla de valores jurídicos (...se debería) referir a valores comunes a todos los ordenamientos jurídicos y no solamente a aquellos a los que va la (...propia) simpatía política”.³⁴ El neoconstitucionalismo, por el contrario, mortificando, por ejemplo, la noción de validez formal con una acentuación excesiva de la validez material, parecería considerar solo los valores que están protegidos por ordenamientos jurídicos inspirados en ciertas ideologías. De modo que, si hipotéticamente le preguntáramos a cuáles sistemas jurídicos se les podría atribuir la calificación de “verdadero” sistema constitucional, las respuestas ofrecidas con una o con la otra ideología podrían ser muy diversas. Considérese el caso de un sistema dotado de un *bill of rights* justiciable, pero en el que el “principio” de la subalternidad legislativa esté configurado como destinado a pretender de las decisiones políticas la mera compatibilidad

³³ *Ibidem*, “Lettera di Norberto Bobbio”, *cit.*, p. 423

³⁴ *Ibidem*, “Lettera di Norberto Bobbio”, *cit.*, p. 422

constitucional, sin representar un vínculo para seguir una cierta orientación política. Un ordenamiento jurídico, en suma, en el que estuviera afirmada una concepción constitucional (y por tanto también una “Constitución-norma”) que confía al derecho la mera tarea de arbitrar entre las pretensiones opuestas. Si con la metodología iuspositivista se podría responder ciertamente en modo afirmativo, no estoy segura de que lo mismo ocurriría para el neoconstitucionalismo.

Si el neoconstitucionalismo quiere tener sentido en el ámbito de los ordenamientos justamente constitucionales, no me parece que haga un buen negocio rescatando esos vagos argumentos retóricos que afirman, pensando en resolver los problemas, que por encima del poder actualmente estaría el derecho. Aún en la misma carta, Bobbio se preguntaba ¿que “es (luego) este derecho que los pudientes han puesto en el vértice de la escala del poder y que interpretan a su modo, creando verdaderas revueltas en las política de un país (como ha hecho en el curso de su historia ya secular la Suprema Corte de los Estados Unidos)?”.³⁵ Para este propósito es significativo como Bobbio, afrontando el tema de la presunta confusión entre derecho y poder, permite subrayar el punto afligido del actual neoconstitucionalismo: “...la *jurisdictio* limita el *gubernaculum*. Pero ¿el derecho de los jueces quién lo puede modificar? Si no lo puede modificar nadie, ni siquiera otros jueces, quiere decir que el poder de los jueces está por encima del derecho y, entonces, la diferencia no es “entre una Constitución (la del modelo iuspositivista) en la que el poder (legislativo) está por encima del derecho y una otra Constitución (la del modelo neoconstitucionalista) en la que el derecho (la Constitución) está por encima del poder, sino entre una Constitución en la que el poder supremo es el del rey (el legislador) y otra Constitución en la que el poder supremo corresponde a otro órgano (¿a los jueces constitucionales?)”.³⁶

La polémica entre Bobbio y Matteucci es anticipadora del debate que hoy en día opone al neoconstitucionalismo y al iuspositivismo. El imperialismo de la moral, típico del neoconstitucionalismo, no me parece que haga nada más que elevar un nuevo “rey” por encima del derecho, y quien tuviera la “sapiencia” para acceder al “conocimiento moral” podría transformarse en un déspota tanto más peligroso que la terrena autoridad política. La tesis de la conexión entre derecho y moral no es necesaria para la teoría si se muestra dañina (o peor) para el

³⁵ *Ibidem*. “Lettera di Norberto Bobbio .”, *cit* , pp 421-422

³⁶ *Ibidem*, “Lettera di Norberto Bobbio .”, *cit* , p. 424; es mío, obviamente, lo que agregó entre paréntesis.

neoconstitucionalismo. El reconocimiento del valor jurídico de la Constitución y sobre todo de sus principios no necesita, al menos desde el punto de vista teórico, un englobamiento del derecho en la moral. Y una teoría de los límites jurídicos del poder tiene fuerza en la medida en que, separando el derecho real del derecho ideal, no se disuelve en un “mar de buenos consejos”, ya que solo con la separación conceptual el ideal jurídico permanece como independiente del sistema concreto y la crítica es entonces posible y provechosa, tanto en el nivel teórico como en el nivel político. Que, luego, no de crítica sino de justificación de cualquier género se requiera cuando se argumenta para la positivización de un nuevo derecho, o para argumentar una nueva concepción de un derecho ya existente, es un discurso típicamente constitucionalista conectado al aquí expuesto, pero fundado claramente sobre motivos de política del derecho, del todo legítimos e importantes, pero que no tienen nada que ver con el discurso teórico propiamente dicho y del que debe ir separado. Esto claro, asumiendo que, como escribía Bobbio, se quiera hacer teoría y no ideología. Pero, quizá, el neoconstitucionalismo no ha todavía decidido si quiere hacer teoría o ideología, y probablemente quisiera hacer ambas cosas. Pero esto hace surgir un problema distinto que contribuye a hacer del neoconstitucionalismo, si no otra cosa, un constitucionalismo ambiguo.