

NEOCONSTITUCIONALISMO
Y POSITIVISMO*

LUIS PRIETO SANCHÍS

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

Crónica Jurídica Hispalense 14 • Págs. 263 a 279

Resumen: En el presente artículo se analiza a fondo una de las corrientes iusfilosóficas contemporáneas que más han contribuido a enriquecer el debate doctrinal posterior a la tradicional tensión entre iusnaturalismo e iuspositivismo. El autor sostiene que, más que hablar de un neoconstitucionalismo en singular, lo correcto sería referirse al mismo en plural, porque en puridad no es una teoría o doctrina unitaria, ni tampoco cuenta con una temática de reflexión claramente determinada porque se puede ser neoconstitucionalista en diferentes sentidos o capítulos de la reflexión jurídico-política no implicados entre sí. Finalmente, se hace una completa descripción y una crítica razonada del *status quaestionis* en la Teoría del Derecho actual.

Palabras clave: Estado constitucional de Derecho, derechos fundamentales, teoría de la argumentación, ponderación judicial, principios y reglas.

Abstract: This article does an in-depth analysis of one of the contemporary legal philosophy undercurrents that has contributed the most to enrich the scholarly debate after the traditional tension between natural law and positive law thinking. The author maintains that, more than a new constitutionalism, in singular, the right thing would be to refer to it in plural, because *strictu sensu* it is not a unitary theory or doctrine, nor does it have a topic of reflection clearly established, because one can be a new constitutionalist in different senses or chapters of the legal-political reflection that are unconnected between them. Finally, there is a complete description and a reasoned criticism of the *status quaestionis* in the current Theory of Law.

Key words: Legal constitutional state, fundamental rights, theory of reasoning, judicial weighing, principles and rules.

Fecha recepción original: 18/04/2016

Fecha aceptación: 02/05/2016

* Texto de la conferencia pronunciada en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla el 26 de febrero de 2016.

I. Aun cuando la etiqueta circula cada día con mayor profusión en el mercado de las ideas, lo primero que llama la atención del neoconstitucionalismo es que parece ser una corriente de pensamiento con muy pocos militantes; los autores que suelen citarse como principales impulsores del movimiento (Dworkin, Alexy, Nino, Zagrebelsky) muy heterogéneos entre sí por otra parte, no suelen calificarse a sí mismos como neoconstitucionalistas; y, a su vez, quienes hacen uso de esa expresión generalmente adoptan un sentido crítico y en ocasiones destructivo. En mi opinión, la primera dificultad reside en el carácter gravemente ambiguo y extremadamente vago que presenta el uso de este neologismo: se puede enarbolar el neoconstitucionalismo en sentidos muy distintos y, luego, una vez fijado el sentido, tampoco resultan nada claros los rasgos o elementos que han de concurrir para ostentar legítimamente dicho título. Por eso creo justificado hablar de *neoconstitucionalismos*, en plural. Sin duda, esto supone un defecto, pero entraña posiblemente también una virtud, y es que el neoconstitucionalismo tiende a convertirse en una respuesta global, en una nueva cultura jurídico-política si se quiere, que se halla presente en toda clase de debates, y de ahí la fuerte tendencia que se observa en las distintas versiones del neoconstitucionalismo a medir sus fuerzas con otras respuestas globales, singularmente con el positivismo y el iusnaturalismo. Cualquiera que fuese el inventor de la palabra, mérito generalmente reivindicado por la escuela genovesa, lo cierto es que, si bien hoy no existe *una* filosofía jurídica neoconstitucionalista, tampoco es fácil encontrar esferas de discusión mínimamente relevantes en las que no aparezca una posición así calificada, por lo común desempeñando una función crítica frente al positivismo.

Las distintas manifestaciones o formas de entender el neoconstitucionalismo presentan, sin embargo, un sustrato común, que es justamente el modelo de Estado constitucional de Derecho, principalmente en la versión que se desarrolla en Europa a partir de la II Guerra mundial y en algunos países iberoamericanos durante la última década del siglo pasado. Ésta será la nueva realidad política y jurídica presuntamente inaccesible a los esquemas conceptuales del positivismo y cuya comprensión y a veces también justificación reclaman nuevos planteamientos y herramientas. Ahora bien, ¿cuáles son los rasgos singulares del Estado constitucional de Derecho?, ¿qué novedades aporta este modelo? Muy sintéticamente creo que pueden resumirse en los siguientes aspectos:

1) *El reconocimiento de la incuestionable fuerza normativa de la Constitución.* Ésta ya no se concibe en absoluto como un ejercicio de retórica política o como expresión de un catálogo de buenas intenciones, sino como una norma jurídica con la misma vocación conformadora que cualquier otra; mejor dicho, no con la misma, sino con una fuerza superior e indiscutible, pues la Constitución ostenta la condición de norma suprema. Este primer rasgo representa sobre todo una herencia norteamericana: la versión *lockeana* del contrato social se muestra aquí mucho más fecunda que la *rousseauiana*; lejos de confiar en una voluntad general en constante actividad racional, aunque devaluada luego a la condición empírica de la omnipotencia del legislador o, peor aún, del Ejecutivo, el Estado (neo)constitucional postula la fuerza normativa de la Constitución, concebida metafóricamente (pero con indudable trascendencia práctica) como un pacto originario nacido del poder constituyente y vinculante para

todos, pero muy especialmente para los poderes de verdad, o sea, para los poderes constituidos. Cualquiera que sea la justificación que quiera darse a este artificio, sin la aceptación colectiva de que la Constitución es una norma y precisamente una norma suprema se desmorona el entero edificio constitucional.

2) *La rematerialización constitucional*, esto es, la incorporación al texto no sólo de normas formales, de competencia o procedimiento destinadas a regular el ejercicio de los poderes y la relación entre los mismos, sino también y sobre todo de normas sustantivas que pretenden trazar límites negativos y vínculos positivos a lo que dichos poderes están en condiciones de decidir legítimamente. Para usar la terminología de la Constitución española, los valores superiores, los principios y especialmente los derechos fundamentales representan la plasmación de esa extraordinaria densidad normativa que hace del Estado constitucional contemporáneo el contrapunto de lo que pudo ser el modelo kelseniano de constitución. Y tal vez sea Ferrajoli el autor que con mayor empeño ha subrayado el alcance de esa transformación: el núcleo del paradigma garantista, que es lo mismo que decir del paradigma constitucionalista, consiste en la regulación no sólo del *quién* y del *cómo* se manda, sino también de *qué puede* mandarse y aún de *qué debe* mandarse.

Adviértase que con ello se incorporan a la Constitución contenidos que proceden directamente de la moralidad. El viejo anhelo de positividad del Derecho natural se vería así realizado y su tradicional función de servir como contrapunto crítico al Derecho positivo se convertiría en condición de la validez jurídica de las leyes. Este fenómeno de la rematerialización constitucional es generalmente reconocido y se expresa con sorprendente unanimidad: la moral «ya no flota sobre el Derecho... (sino que) emigra al interior del Derecho positivo» (Habermas), de manera que «el conflicto entre Derecho y moral se desplaza al interior del Derecho positivo» (Dreier); cabe decir entonces algo metafóricamente que «el Derecho por principios encuentra al Derecho natural» (Zagrebelsky) o que se ha producido una «fusión entre el Derecho constitucional y la teoría ética» (Dworkin); en suma, se aprecia un acercamiento ente «legitimación interna o deber ser jurídico y legitimación externa o deber ser extrajurídico» (Ferrajoli). La conclusión es que merced a las Constituciones, la moral —es decir, los venerables derechos naturales— ha hecho acto de presencia en el Derecho, más concretamente en la cúspide del Derecho. Esa moral se revela entonces como el parámetro, no ya de la justicia, sino de la propia validez de las demás normas; y la divergencia entre moral y Derecho se traslada al interior del orden jurídico como una divergencia entre Constitución y ley.

3) *La garantía judicial y la aplicación directa de la Constitución*. La garantía judicial no es más que una consecuencia de tomarse en serio la fuerza normativa suprema de la Constitución: si ésta es una norma, su exigibilidad puede hacerse valer ante los órganos específicamente encargados de esa tarea, es decir, ante los jueces. En general, los Estados constitucionales europeos han optado por un modelo de jurisdicción concentrada y de juicio abstracto y negativo de leyes; de manera que es un peculiar Tribunal Constitucional el encargado de declarar la eventual invalidez de las leyes contrarias a la Constitución mediante un procedimiento que sólo puede ser instado por cualificados sujetos políticos, como el Gobierno o un cierto número

de parlamentarios. Sin embargo, con ser esto importante, sobre todo desde la óptica legalista de la tradición europea, no es a mi juicio lo más importante.

Lo decisivo es la aplicación directa por parte de los jueces ordinarios, lo que significa que la Constitución desborda los límites del «mundo político» y de la relación entre los poderes para invadir el conjunto del ordenamiento. Que la *interpositio legislatoris* haya dejado de ser una mediación necesaria supone así que los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente, y, en la medida en que aquélla disciplina numerosos aspectos sustantivos, ese acceso se produce de modo permanente, pues es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional; es lo que Guastini ha llamado la sobreinterpretación constitucional. Esto es, los derechos fundamentales y las demás cláusulas materiales no se presentan sólo como condiciones de validez de las leyes, sino como normas con vocación de regular cualquier aspecto de la vida social, incluidas por ejemplo las relaciones entre los particulares. De este modo, la normativa constitucional deja de estar «secuestrada» dentro de los confines que dibujan las relaciones entre órganos estatales, para asumir la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar.

Si no me equivoco, nadie pone hoy en duda la aplicación directa de la Constitución. Podrá discutirse el alcance de la misma, pero que la Constitución tiene siempre algo que decir parece fuera de duda. El problema surge cuando la aplicación de la Constitución parece ofrecer una solución distinta a la avalada por la ley; más claramente, cuando la ley pertinente para regular el caso se juzga inconstitucional o no proporciona la que parece mejor respuesta desde una perspectiva constitucional. En tales casos el sistema ofrece dos técnicas: la llamada *interpretación conforme*, que consiste en seleccionar aquellos significados (aquellas normas) de la disposición legal que mejor se adecuen al texto constitucional, excluyendo los incompatibles o no conformes; y la *cuestión de inconstitucionalidad*, que debería entrar en juego cuando el juez considerase que ninguno de los posibles significados legales son compatibles con la Constitución, formulando entonces la correspondiente pregunta al Tribunal Constitucional. Pero esto sólo en principio.

Tal vez uno de los hallazgos más celebrados del judicialismo neoconstitucionalista haya consistido en abrir la posibilidad de una jurisdicción difusa en el entramado institucional de un modelo de jurisdicción concentrada. Dicho más claramente, en la posibilidad de ensayar técnicas desaplicadoras de la ley en sistemas que reservan el control de constitucionalidad a un Tribunal Constitucional separado de la jurisdicción ordinaria. Básicamente, esta operación de ingeniería judicial comprende los siguientes pasos: primero, obviamente, no poner en duda la constitucionalidad de la ley, algo que obligaría a plantear la cuestión. Segundo, considerar sin embargo que resulta injusta o inadecuada para regular el caso al implicar (insisto: en el caso) un sacrificio desproporcionado de algún principio o derecho fundamental también relevante. Tercero, construir un conflicto de principios o derechos; concretamente un conflicto entre los principios o derechos que están detrás de la ley, que se ven realizados o satisfechos por ésta, y aquellos otros en pugna que aparecen sacrificados. Cuarto, argumentar a partir de las reglas de la ponderación. Y quinto, finalmente, aplicar directamente el

precepto constitucional triunfante (en el caso) con la consiguiente desaplicación del precepto derrotado y de la ley dictada a su amparo; o bien, alternativamente, buscar una *concordancia práctica* que en puridad no supone el triunfo de ningún principio o derecho, sino el diseño de una respuesta intermedia de matriz genuinamente judicial. Que este género de operaciones pueda en ocasiones parecer discutible en el marco de un sistema de jurisdicción concentrada no impide ver en ellas un síntoma de la creciente penetración de rasgos propios del sistema difuso.

Pero si el modelo de jurisdicción concentrada y control abstracto ha terminado conjugándose con elementos propios de la jurisdicción difusa y del control concreto, parece que también la imagen del Tribunal Constitucional como legislador estrictamente negativo debe ser revisada. De un lado, las sentencias interpretativas en las que el Tribunal, conservando la validez de la disposición legal, informa acerca de cómo debe interpretarse o de qué interpretaciones han de excluirse, revelan una concepción colegisladora de la jurisdicción, que en España ha llegado al paroxismo en algunos ámbitos; en particular el régimen de las Comunidades Autónomas es casi tanto un diseño legal o estatutario como jurisprudencial. Por otra parte, las sentencias aditivas o manipulativas suponen una legislación claramente positiva en la medida en que extienden una disciplina normativa a favor de personas o supuestos inicialmente no contemplados en la norma. Herramienta fundamental al servicio del principio de igualdad, estas sentencias, con todas las limitaciones que se quiera, suponen una peculiar modalidad judicial de colmar las lagunas u omisiones legislativas; y, por cierto, no veo ninguna dificultad para que esta técnica, tal vez bajo los ropajes del argumento analógico, sea usada por el juez ordinario en aplicación directa del principio de igualdad.

4) *Rigidez constitucional*. No creo que una especial rigidez sea condición de la supremacía constitucional, pero tampoco cabe duda de que las distintas fórmulas que dificultan la reforma del texto contribuyen a fortalecer su vigor frente a los poderes constituidos. En general el constitucionalismo europeo contemporáneo resulta bastante rígido y no es infrecuente que incorpore incluso cláusulas de intangibilidad. Pero sus intérpretes se muestran a veces más rigurosos; Ferrajoli, por ejemplo, considera que la rigidez es no ya una garantía constitucional, sino una característica estructural o esencial al propio concepto de Constitución: retorciendo un famoso argumento mayoritarista que reprocha a la rigidez «atar las manos de las generaciones futuras», el garantismo considera más bien que, al revés, la rigidez sirve para atar las manos de las generaciones del presente a fin de impedir que amputen las suyas a las del futuro.

En resumen, los presupuestos jurídicos y políticos que sirven de anclaje al neoconstitucionalismo son bastante diferentes de los que tuvo ante sí el positivismo decimonónico. Frente a un constitucionalismo retórico, programático o de catecismo político, la resuelta afirmación de la fuerza normativa y vinculante de la Constitución. Frente a un constitucionalismo meramente formal que suponía que la Constitución sólo podía hablar de la «política» y de sus protagonistas porque del «mundo» ya hablaría el legislador, la afirmación de una Constitución dotada de una extraordinaria densidad normativa que proporciona razones justificatorias (es verdad que con frecuencia contradictorias) en todos los ámbitos de la vida social y en sus más insospechados conflictos. Frente a una Constitución «secuestrada» por un especialísimo

Tribunal encargado sólo de pronunciar la invalidez de las leyes con total abstracción de sus supuestos de aplicación y a instancias únicamente de los propios sujetos que intervienen en su producción, el desarrollo de fórmulas de «legislación-jurisdicción» positiva y, sobre todo, la afirmación de una Constitución directamente aplicable por el conjunto de los operadores jurídicos.

Confío en que ésta sea una descripción bastante fiel (aunque inevitablemente sintética y poco matizada) de lo que supone el constitucionalismo contemporáneo o, al menos, de sus tendencias más acusadas. Sin embargo, a partir de aquí no ha nacido una concepción unitaria o estándar acerca de los principales problemas del Derecho o de las prácticas jurídicas; con razón dice Bernal que el neoconstitucionalismo es un auténtico cajón de sastre al que se adscriben, o son adscritas, las más heterogéneas y hasta contradictorias posiciones teóricas y filosóficas.

II. El neoconstitucionalismo como filosofía política es aquí el significado menos problemático, pues en realidad afirma algo ajeno al propio Derecho: básicamente, que el modelo que acabamos de describir representa hoy la óptima o la mejor forma de organizar la sociedad política. Por tanto, que es bueno o justo que los poderes constituidos se organicen y actúen con arreglo a una norma superior que establece la forma democrática como procedimiento para la designación de los legisladores y cargos públicos, pero, sobre todo, que establece una tupida constelación de valores morales y de derechos fundamentales que limitan o vinculan la acción de los primeros; y que asimismo es bueno o justo contar con un poder judicial independiente encargado de fiscalizar ese sometimiento del poder al Derecho, pudiendo pronunciar la nulidad de cualquier decisión o norma que, tanto por motivos formales como sustantivos, vulnere lo establecido por esa norma suprema; o incluso encargado de suplir al legislador en los casos en que éste no ha desarrollado las adecuadas garantías para un determinado derecho.

Pero que sea el significado para nosotros menos problemático no quiere decir que carezca de problemas. Todo lo contrario. Aun cuando estamos acostumbrados a hablar de la «democracia constitucional» o del «constitucionalismo democrático» como si se tratase de un binomio inescindible, lo cierto es que entre el ideal constitucionalista y el ideal democrático se advierte una tensión difícil de superar. Al fin y al cabo, como señala Elster, la lógica fundamental del ejercicio constituyente sigue siendo que una mayoría simple decide que esa mayoría simple no es el mejor procedimiento para decidir sobre algunos temas.. Desde luego, la tensión comentada nos acompaña desde los albores del régimen liberal y de ella fueron muy conscientes numerosos teóricos del constitucionalismo revolucionario, pero comprensiblemente ha de acentuarse en el marco de un constitucionalismo «invasivo» que pretende encadenar al Ulises legislador al palo de una Constitución rematerializada que tiene respuesta para (casi) todo y que, por si fuera poco, deja en manos de los jueces la última palabra sobre las cuestiones controvertidas. He aquí el núcleo de la objeción democrática que abiertamente milita contra los presupuestos en que se asienta el neoconstitucionalismo y que, como reacción al mismo, viene creciendo en los últimos tiempos.

De modo particular, creo que esa crítica no se orienta tanto hacia la existencia misma de una ley fundamental sobre las leyes ordinarias, pues una mínima Consti-

tución por escuálida que sea siempre parece necesaria, sino a su creciente densidad normativa en forma de valores, principios y derechos y, sobre todo, al decidido judicialismo en que según opinión extendida necesariamente desemboca dicho modelo. En pocas palabras, las Constituciones del neoconstitucionalismo parecen querer asfixiar la libertad política del legislador y con ello la propia democracia; y esto porque dicen demasiado a propósito de demasiadas cosas y con frecuencia de manera demasiado imprecisa o indeterminada, dejando en manos de un cuerpo elitista (los jueces) la última palabra sobre cuestiones discutidas y discutibles que deberían ser acordadas por las generaciones del presente a través del legislador democrático. Que digan demasiado equivale a cercenar la esfera de la legislación, y que lo hagan de forma demasiado imprecisa equivale a fortalecer la figura del juez; por uno y otro lado la ley pierde valor y virtualidad (García Figueroa).

Es muy posible que el constitucionalismo contemporáneo propicie un inevitable grado de activismo judicial, al menos si examinamos la cuestión desde la perspectiva europea (no tanto norteamericana) donde el paradigma o ideal de juez sigue siendo el de un sujeto cuya boca pronuncia las palabras de la ley y, al menos cuando hay ley, sólo de la ley. Aquí reside a mi juicio el desafío fundamental del neoconstitucionalismo al viejo Estado legislativo de Derecho: no tanto en que exista una Constitución que vertebré la organización política, ni siquiera en la presencia de un Tribunal Constitucional, sino más bien en el amplísimo abanico de principios sustantivos y de derechos a disposición de la jurisdicción ordinaria para ser utilizados en cualquier clase de proceso. Ante esta realidad, por supuesto cabe adoptar la posición de Habermas y de otros muchos, recomendando «menos Constitución» o «Constituciones más débiles». Pero en general no es esto lo que hacen los autores neoconstitucionalistas: frente a la objeción de que la Constitución dice demasiado y con ello limita el margen de acción democrática, se replica que también la Constitución es una expresión de la democracia. Y frente a la objeción de que dice las cosas de modo demasiado impreciso y con ello incrementa la discreción judicial, se replica con una reformulación de la propia teoría de la interpretación. Ferrajoli y Dworkin encarnan buenos ejemplos de estas dos réplicas.

En efecto, Ferrajoli ha reaccionado con bastante energía a la primera objeción: ante todo, como ya vimos, para defender la rigidez e incluso la intangibilidad de los aspectos fundamentales de la Constitución; y segundo, para reformular el concepto de democracia no ya en términos de votos, sino de derechos. En el constitucionalismo garantista queda cancelada la tensión entre democracia y Constitución, entre decisión mayoritaria y derechos, que tanto preocupa a la concepción que el propio autor llama *politicista* o *mayoritarista*. No hay espacio para la conocida objeción *contramayoritaria* porque no se conciben dos fuentes de legitimidad en permanente conflicto: los límites y vínculos que pesan sobre el legislador son a su vez democráticos, ya que consisten en derechos fundamentales, que son derechos de todos, y hacen referencia por tanto al pueblo –como conjunto de personas de carne y hueso que lo componen– en un sentido más directo y consistente de cuanto lo hace la propia representación política. En resumen, el paradigma del Estado constitucional, heredero de la filosofía *contractualista* supone que el consenso de los contratantes no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusula y como razón social la garantía de los derechos fundamentales,

cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto, hasta la insurrección y la guerra civil.

La segunda objeción encuentra su réplica en las posiciones neoconstitucionalistas que pudiéramos llamar más radicales o totalizadoras. Éstas consisten más bien en negar la mayor, en negar que el juez que aplica los principios sustantivos de la Constitución esté realmente ocupando la posición del legislador; no ya porque tales principios sean *también* democráticos, sino porque no es cierto que su aplicación implique un abusivo ejercicio de subjetividad. En este sentido, García Figueroa observa que el neoconstitucionalismo propicia una mayor *actividad* judicial, pero no un mayor *activismo*, puesto que su modelo de juez no actúa según los viejos parámetros del realismo, sino firmemente comprometido con un razonamiento práctico a partir de principios que son al tiempo morales y jurídicos; hasta el punto de que, en la fórmula de Dworkin, su horizonte no es el ejercicio de discrecionalidad, sino la unidad de solución correcta. Esto significa que el juez del neoconstitucionalismo es más *activo*, pero no más (sino menos) libre. Luego hemos de volver sobre esta cuestión, pero baste decir ahora que la apertura del Derecho a la moral a través de la argumentación representa el antídoto frente al riesgo de una discreción judicial excesiva o arbitraria. Ante el reproche de «más judicialismo», la defensa de «más y mejor razonamiento».

III. Aun a riesgo de simplificar, la teoría del Derecho positivista puede resumirse mediante estas cinco palabras clave: legalismo o legicentrismo, coherentismo, reglas, subsunción y discrecionalidad. Como es natural, tampoco aquí las posiciones neoconstitucionalistas se muestran por completo uniformes, pero en líneas generales su teoría del Derecho puede sintetizarse en otras cinco palabras clave que en cierto modo se formulan como contrapunto a las anteriores: constitucionalismo en lugar de legalismo, conflictualismo en lugar de coherentismo, principios en vez de reglas, ponderación frente a subsunción y argumentación antes que discrecionalidad.

La teoría de las fuentes del positivismo fue rotundamente legalista y esta imagen parece hoy insostenible por la sencilla razón de que, en el marco del constitucionalismo, la ley ha dejado de ser la fuente suprema del Derecho. Es casi una obviedad, pero si el positivismo acertaba al ser legalista, el neoconstitucionalismo acierta al mostrarse precisamente constitucionalista. Por supuesto, la ley sigue siendo una fuente del Derecho (la segunda, no ya la primera) y dispone de una incuestionable esfera de libre configuración, pero en el contexto de una Constitución concebida como norma suprema y dotada de un denso contenido sustantivo su validez y aplicabilidad puede ser siempre cuestionada y sometida a revisión.

El necesario abandono del legalismo o del legicentrismo puede ser el más llamativo efecto operado en la vieja teoría del Derecho positivista, pero no es ni de lejos el más importante. Las más profundas transformaciones no aparecen explicitadas en los documentos constitucionales, ni son tal vez tan evidentes, sino que surgen poco a poco en las prácticas jurídicas que aquellos textos alientan. Antes quedó dicho que una de las características de las Constituciones contemporáneas es que «tienen respuesta(s) para todo», que no hay problema jurídico medianamente serio que no encuentre alguna orientación de sentido en la preceptiva constitucional, y con frecuencia más de una. Más técnicamente, esto suele llamarse el efecto impregnación o irradiación:

los valores, principios y derechos fundamentales desbordan el marco constitucional e inundan, invaden o saturan el sistema jurídico en su conjunto, de manera que en puridad desaparecen las rígidas fronteras entre cuestiones constitucionales y cuestiones legales; ley y Constitución comparten el mismo campo de juego y es preciso abandonar la concepción «topográfica» que idealmente dividía el mundo jurídico en dos esferas escindidas, la esfera de lo que el legislador podía decidir libérrimamente y la esfera de lo que no podía decidir en absoluto. Para ilustrarlo con un ejemplo que tomo de Alexy, en el Estado de Derecho legislativo nadie hubiese dicho que una Ordenanza municipal que prohíbe la alimentación de las palomas en los parques públicos entrañase un problema de relevancia constitucional, pues la Constitución nada establecía (ni establece hoy expresamente) sobre este asunto. Y, sin embargo, el caso comentado fue objeto de tratamiento como un conflicto entre derechos o principios constitucionales, lo que suponía someter a control una decisión política en apariencia no condicionada.

De entrada, esto significa que cuando un operador jurídico aplica una ley o cualquier otra norma (la Ordenanza municipal), viene también llamado a aplicar la Constitución, esto es, los derechos que aparecen implicados, debiendo preguntarse si la mejor respuesta legal es asimismo la mejor respuesta constitucional. Lo que interesa ahora no es cómo despeje el interrogante, que puede conducir a una *interpretación conforme* de la ley o, si ello no es posible, a un juicio o pronóstico de inconstitucionalidad acerca de la misma o también, como antes se avanzó, a su mera desaplicación; lo que interesa subrayar es que, una vez tomados en consideración principios y derechos, el sistema jurídico que tenemos ante nosotros *ya no es el mismo* que antes. Y aquí aparece la segunda palabra clave: coherentismo. La teoría positivista construida en torno a la ley podía ser coherentista; el neoconstitucionalismo se muestra en cambio como conflictivista.

El anhelo positivista por construir un sistema jurídico coherente, aunque nunca del todo satisfecho en la práctica, contaba con buenos argumentos a su favor. Obviamente, siempre se ha sabido que las leyes podían resultar contradictorias y hasta forma parte de la naturaleza de los legisladores que éstos cambien o alteren las normas de sus predecesores. Sin embargo, el sistema podía mantenerse como básicamente coherente merced a dos rígidos criterios de resolución de antinomias: la norma superior deroga a la inferior, de acuerdo con la regla de ordenación jerárquica de las fuentes; y la norma posterior deroga a la anterior, de acuerdo con el carácter nomodinámico del Derecho y la cualidad inagotable de sus fuentes. Por supuesto, podían plantearse dudas acerca de cuál es la ley aplicable al caso concreto o de cómo interpretar su significado, pero en líneas generales el sistema ofrecía una imagen coherente; era la voluntad del legislador actual la que cristalizaba en la ley y la que debía hacerse operativa a través del juez.

Pero no es esto lo que piensan en general los neoconstitucionalistas. Para ellos, la Constitución no es como la ley, no encarna un momento político unitario aunque pasajero, sino un marco normativo más estable pero menos uniforme o coherente llamado a regir en los sucesivos momentos políticos; la Constitución indica así una tendencia al pluralismo más que al monismo. De modo particular, esto ocurre en las

Constituciones contemporáneas que pretenden expresar una posibilidad de coexistencia de proyectos políticos, lo que se traduce en una coexistencia de principios y derechos tendencialmente contradictorios. Creo que este es el argumento principal que recorre toda la obra de Zagrebelsky y me parece en lo esencial acertado para dar cuenta de lo que sucede en algunas Constituciones, como por ejemplo la española, que precisamente se quiso presentar como una Constitución de «consenso» que integraba (pero que no siempre logró conjugar de forma armónica) valores y principios políticos de distinta procedencia. La Constitución pluralista no es ni un mandato ni un contrato y, por eso, ni la teoría de la interpretación de la ley ni la del contrato resultan satisfactorias: no hay voluntad constituyente que pueda ser tratada como intención del legislador, ni siquiera de unas partes que llegan a un acuerdo. Lo que hay son principios universales, pero faltando la regulación de su compatibilidad, la solución de las «colisiones» y la fijación de los puntos de equilibrio. La Constitución no expresa entonces *una* cierta moral social mejor o peor perfilada, sino que, merced a su pluralismo de valores, entraña y estimula una «metaética de Babel» que invita a construir cooperativamente (democrática y también judicialmente) un Derecho más líquido y fluido.

Los conflictos intraconstitucionales presentan una fisonomía muy particular. Acabamos de citar dos criterios de resolución de antinomias, el jerárquico y el cronológico, que como es obvio resultan inservibles en el marco interno de la Constitución. Los juristas suelen acudir a un tercer criterio más prometedor, el llamado de especialidad, en cuya virtud ante un conflicto debe preferirse la norma especial sobre la general, es decir aquella que contempla en su condición de aplicación un mayor número de propiedades caracterizadoras del caso a resolver. Pero aquí surge un nuevo problema: las normas sustantivas de la Constitución carecen o presentan de modo muy fragmentario la condición de aplicación, de manera que no es posible determinar cuál de ellas se configura como más especial. Algún ejemplo paradigmático: sabemos que el ejercicio de las libertades de expresión o de información a veces colisiona con los derechos al honor o a la intimidad, pero la Constitución no establece (y la ley tampoco, bien es verdad) un catálogo de excepciones o de supuestos en que deben triunfar o ceder las primeras frente a los segundos. También sabemos que las políticas de igualdad sustancial (art. 9,2 CE) lesionan *siempre (prima facie)* el principio de igualdad jurídica, utilizando en ocasiones incluso como elemento de diferenciación normativa los expresamente prohibidos por el artículo 14; y, sin embargo, es imposible, o así se considera, trazar una nítida frontera entre ambas igualdades, una frontera capaz de trazar los límites infranqueables que la segunda impone a la primera.

Pues bien, aquí hace su aparición nuestra tercera pareja de palabras clave, reglas y principios, sin duda uno de los capítulos en que con más ardor combaten las teorías del Derecho positivista y neoconstitucionalista. De modo bastante apresurado, el asunto puede presentarse en los siguientes términos: las normas (legales) del positivismo serían reglas cerradas en las que a la descripción precisa de un supuesto de hecho se anudaría una cierta consecuencia jurídica también precisa; y, a su vez, este modo de ser tendría dos consecuencias: existe certidumbre acerca de cuándo aplicar la regla, haciendo uso en su caso del criterio de especialidad, y existe certidumbre también acerca de qué es lo que procede hacer por imperativo de la norma. En cambio, las

normas (constitucionales) del neoconstitucionalismo son principios. Se habla de principios en dos sentidos distintos: en primer lugar, son principios (principios en sentido estricto se llaman a veces) aquellas normas que no describen de manera exhaustiva los casos y excepciones en que procede su uso, de manera que su colisión no puede resolverse mediante el criterio de especialidad; por ejemplo, la libertad de conciencia, la libertad de expresión y en general los derechos fundamentales. Y son también principios (y ahora suelen llamarse directrices) aquellas otras normas que imponen un cierto comportamiento, pero sin precisar las concretas modalidades o la intensidad que debe revestir ese comportamiento, o el umbral mínimo de resultados que deben obtenerse; por ejemplo, «los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general» (art. 44,2 CE y el conjunto de los «principios rectores de la política social y económica»). Pero las consecuencias de las dos clases de principios parecen ser las mismas: se trata de normas *prima facie* o *derrotables*, es decir, de normas que pueden ser relevantes en muchos casos, pero que, justamente por concurrir con otras normas de sentido contrario, pueden en definitiva triunfar o resultar derrotadas ¿Cómo determinar cuál de las normas constitucionales debe triunfar?; si una misma conducta puede calificarse simultáneamente como ejercicio de la libertad de expresión y como lesión del derecho al honor, o como delito de colaboración con banda armada y ejercicio del derecho de participación política (STC 136/1999), ¿qué es lo que hay que tener en cuenta para, *en definitiva*, decidir de qué lado se inclina la balanza?

La respuesta a este interrogante obliga a plantear la cuarta pareja de conceptos clave, subsunción y ponderación. Pero conviene advertir que, si bien suelen presentarse como formas contrapuestas de aplicar el Derecho, en realidad se refieren a cuestiones diferentes. La subsunción representa el ideal de las reglas y supone la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en las mismas a los casos que presenten las propiedades descritas en su condición de aplicación, según el esquema silogístico; todas las normas, incluidas las que suelen llamarse principios, admiten el esquema subsuntivo. La ponderación o proporcionalidad es el método de resolución de los conflictos entre los principios y, por tanto, no se opone a la subsunción sino a los criterios de solución de antinomias que antes presentamos; es más, antes de ponderar entre dos principios en pugna, es preciso un ejercicio de subsunción, formulando un juicio de relevancia respecto de cada uno de ellos. Y, luego, la propia ponderación se endereza a la construcción de una regla apta para la subsunción, pues ponderar consiste en atribuir un peso relativo a los principios relevantes a la luz de las circunstancias del caso, esto es, consiste en precisar la condición de aplicación (en los principios en sentido estricto) o la consecuencia jurídica (en las directrices) que en el enunciado constitucional aparecen indeterminadas. En pocas palabras, la ponderación trata de dar respuesta a esta pregunta: a la luz de las propiedades que presenta un caso en el que resultan relevantes dos principios, cuál de ellos debe triunfar y cuál debe ceder; o en qué medida resulta exigible lo que establece uno de ellos. De ahí que el resultado de la ponderación sea el establecimiento de una «jerarquía móvil» (Guastini), puesto que un cambio en las circunstancias determina un cambio en la prioridad de los principios.

Esta orientación de la ponderación hacia la subsunción expresa la necesidad de transformar unas normas que aparecen formuladas como categóricas en hipotéticas

o condicionales, o también de transformar en mandatos cerrados unas normas cuya consecuencia jurídica aparece abierta o indeterminada; y por tanto, en ambos casos, de construir enunciados aptos para la aplicación judicial. Como se ha dicho, y limitándonos al primer supuesto, una de las características de los principios y derechos constitucionales es su indeterminación, en el sentido de que no resultan enumeradas las condiciones o circunstancias en las que uno ha de ceder o triunfar en presencia de otro. Por eso se dice que son normas *derrotables*, normas de las que *a priori* desconocemos los casos en que pueden ser exceptuadas, por más que esos casos existan. *Prima facie* parece que el derecho al honor ha de ser respetado siempre, pero asimismo *prima facie* la libertad de expresión también ha de serlo. En la STC 51/2008, por ejemplo, tras constatar que un pasaje de cierta novela representa un ejercicio del derecho fundamental a la creación literaria (art. 20,1, b CE) y que, *al mismo tiempo*, implica una lesión al derecho al honor de cierta persona (juicio *prima facie*), se termina denegando el amparo de este última y, por tanto, dando primacía a la libertad de expresión (juicio definitivo) básicamente por estas razones: el fallecimiento de la persona ofendida, el contexto literario o de ficción, la brevedad de la referencia y el hecho de que ninguno de los términos empleados fuera en sí mismo vejatorio. Estas son las condiciones de precedencia de la libertad de expresión y conforman el supuesto de hecho en que es subsumido el caso. Pero, como es obvio, esas condiciones pueden cambiar, combinarse de un modo distinto o aparecer nuevas circunstancias relevantes en otros supuestos del mismo conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión. Un conflicto —es importante advertirlo— que se entabla entre principios o derechos constitucionales, pero que se transmite al resto de las normas aplicables al caso: la derrotabilidad que la teoría neoconstitucionalista predica para los principios, merced al efecto impregnación del que ya hablamos, contamina también al conjunto de las reglas del sistema; en el caso comentado, pese a reconocerse *prima facie* una lesión del derecho al honor, la norma que lo sanciona es *en definitiva* derrotada.

No procede emprender aquí un examen pormenorizado del juicio de ponderación pero, si bien el grado de confianza en el mismo tampoco es uniforme, creo que en general se reconoce su naturaleza valorativa, pues en definitiva decidir cuál es el principio o derecho que *pesa más* o cuya satisfacción es más importante en el caso concreto entraña la adopción de juicios de valor. El neoconstitucionalismo terminaría, por tanto, rindiéndose a la discrecionalidad y en este punto parece que no se separaría mucho del positivismo maduro de Kelsen, Hart o Bobbio. Sin embargo, entre la discrecionalidad positivista y la neoconstitucionalista hay una diferencia decisiva, y es que esta última aparece mediada por una poderosa teoría de la argumentación jurídica. Esta era nuestra última palabra clave y en ella reside acaso la más importante aportación del neoconstitucionalismo a la teoría del Derecho; una aportación que tal vez responda en parte a una necesidad de legitimación, pues la suplantación del ciego sometimiento del juez a la ley por un ejercicio de aplicación de las cláusulas materiales de la Constitución parece que sólo es tolerable en la medida en que dicho ejercicio pueda exhibir una adecuada argumentación racional. Como se advirtió al final del epígrafe anterior, en esto consiste la más genuina respuesta neoconstitucionalista a la acusación de judicialismo; su modelo de juez no puede desembocar nunca en el descarnado realismo de sustituir el Derecho por una buena o mala digestión

justamente porque un depurado razonamiento práctico lo impide. El déficit de legitimación democrática del juez se compensa así mediante un principio de legitimación argumentativa o racional.

IV. El positivismo teórico aquí dibujado con trazos gruesos es posible que nunca nadie lo haya defendido plenamente, pero en todo caso creo que sus dificultades comenzaron a detectarse antes y al margen del neoconstitucionalismo y que éste simplemente ha venido a certificar su inadecuación para dar cuenta de los sistemas jurídicos contemporáneos. Hoy acaso desempeña una función más normativa, entendido como conjunto de postulados que *sería bueno* que se recuperasen, precisamente para paliar la deriva antiformalista, particularista y judicialista que parece advertirse en el neoconstitucionalismo. Sin embargo, en cuanto que doctrinas globales y totalizadoras, positivismo y neoconstitucionalismo han de contrastarse en otro ámbito que puede llamarse metodológico o conceptual. Si no me equivoco, quienes hoy se reclaman positivistas lo hacen en este último sentido y, con unos u otros matices, defienden estas tres posiciones, por lo demás bastante relacionadas entre sí: la tesis de las fuentes sociales del Derecho, esto es, la concepción del Derecho como un fenómeno o práctica social, como un «hecho histórico»; la tesis de la separación conceptual o de la no conexión necesaria entre Derecho y moral (entre el Derecho positivo o *que es* y el Derecho ideal o *que debe ser*), que supone que la juridicidad de una norma no implica su justicia y que la corrección moral de una norma tampoco implica su juridicidad; y finalmente la tesis de la neutralidad descriptiva de la ciencia jurídica, que postula una aproximación avalorativa al Derecho desde un punto de vista externo, de modo que para conocer el orden jurídico no es preciso comulgar con sus claves axiológicas, ni sentirse un participante comprometido en las prácticas jurídicas.

Me parece que la primera de las tesis enunciadas, la de las fuentes sociales, puede ser entendida de dos maneras o quizás con dos intensidades distintas. La primera en el sentido de que el Derecho es un producto histórico y variable, que depende de la voluntad de los hombres y de sus prácticas sociales; dicho de modo negativo, que el orden jurídico no es una criatura que habite en el mundo celeste de la teología o de la metafísica. Así entendida, me parece que hoy nadie la pone en duda, por supuesto tampoco los neoconstitucionalistas. Pero puede entenderse de forma algo más problemática, en el sentido de que el Derecho *está ahí fuera* y es un hecho evidente, de manera que podemos identificarlo a través de ciertos hechos externos, como el acto de promulgación de las normas por una autoridad o la verificación de una cierta práctica social.

Las críticas de Dworkin al positivismo comienzan precisamente por este capítulo; en su opinión, el primer error del positivismo es que sólo está dispuesto a identificar una norma jurídica cuando la misma ha sido adoptada de acuerdo con ciertos procedimientos o, más en general, cuando su origen se vincula a ciertos actos humanos característicos; esta es la estrecha perspectiva del hecho evidente. Para Dworkin, es posible identificar unos principios del Derecho antes y al margen de lo que establezcan la Constitución, la ley y las decisiones judiciales, esto es, más allá de lo que diría la tesis de las fuentes sociales. En el fondo, esta última se muestra inadecuada con el papel central que en el neoconstitucionalismo desempeña la

dimensión interpretativa y argumentativa y que supone una *apertura* del Derecho más allá de las que pudiéramos llamar sus fuentes explícitas, susceptibles de ser captadas como un hecho evidente. Si aceptamos además que una norma extremadamente injusta es una norma que ha perdido su disposición para formar parte de un razonamiento práctico (García Figueroa), la idea de que podemos identificar el Derecho como piensan los positivistas sencillamente colapsa: resultaría que algunas normas formarían parte del Derecho sin poder ser identificadas con arreglo a la tesis de las fuentes sociales y, a la inversa, otras que sí podrían identificarse sin embargo no formarían parte del mismo. Y en ambos casos por una misma razón, por su contenido de justicia (o de injusticia).

Ciertamente, un positivista no aceptaría que una norma justa se transforme *proprio vigore* en una norma jurídica, o que ésta deje de serlo a causa de su injusticia o de su falta de aptitud para integrarse en un razonamiento práctico. Sin embargo, el positivismo o una buena parte del mismo no encuentran ninguna dificultad en considerar la presencia de conceptos sustantivos o morales en la regla de reconocimiento; es decir, que la pertenencia de una norma ya no dependería únicamente del «hecho evidente» de su promulgación, sino de que reúna también determinadas condiciones de contenido. Tan sólo un positivismo exclusivo o excluyente que sostenga que la validez o identificación de una norma no puede apelar *nunca, o necesariamente* no puede apelar, a la moralidad resultaría inadecuado para dar cuenta del modelo constitucionalista. Pero, en realidad, esto es algo que tal vez ni el propio Kelsen aceptaría, que desde luego no aceptaría Hart ni quienes se adscriben al llamado positivismo incluyente o incorporacionista ni, en fin, tampoco un positivista tan atento al constitucionalismo como Ferrajoli.

Ahora bien, que la identificación de las normas del sistema pueda depender también de su contenido, de su ajuste a las normas constitucionales sustantivas que incorporan principios o derechos, no conduce necesariamente al abandono de la tesis positivista e ilustrada de la separación entre Derecho y moral. Al menos por cinco motivos: primero, porque la vinculación con la moral propiciada por las nuevas Constituciones tendría en todo caso un carácter particular o contingente y nada diría sobre el *concepto* de Derecho, o sea, sobre todo Derecho posible: un sistema jurídico puede carecer de principios constitucionales o, peor aún, ser éstos inicuos. Segundo, porque, aun aceptando el territorio de una teoría particular, el Derecho no deja de ser nunca expresión de fuerza y heteronomía, muy alejado por tanto de la autonomía de la moral, esfera en la que nada puede la fuerza, sino sólo acaso las buenas razones. Tercero, porque, incluso concediendo que la Constitución sea en todos sus aspectos expresión de la justicia (lo que ya es conceder), la democracia política no puede garantizar que lo sean también las leyes. Cuarto, porque el razonamiento jurídico, por depurado que resulte, se inscribe en un aparato institucional y no carente de coacción, es en la práctica asimétrico y en cualquier caso no asegura la moralidad del resultado. Y quinto, porque ni siquiera es conveniente que el Estado se transforme en un Estado ético, lo que haría de él nuevamente el «brazo secular» de una moral, eliminando la posibilidad de crítica externa, convirtiendo a la ley (o a los jueces) en el oráculo de la justicia y fundamentando un deber moral incondicionado de obediencia, en la línea del positivismo ético.

Así pues, el neoconstitucionalismo puede ser positivista en el sentido ahora comentado, al menos siempre que este último reconozca que la identificación de las

normas en algunos sistemas puede requerir una apelación a conceptos morales que, a diferencia de los «hechos evidentes», reclama a su vez el desarrollo de un razonamiento práctico. Sin embargo, los neoconstitucionalistas que suelen considerarse más genuinos o consecuentes se separan abiertamente del positivismo, considerando que hay normas en el Derecho que no es posible identificar con los patrones que proporciona la tesis de las fuentes sociales porque su vigencia obedece *sólo* a su moralidad o a su aptitud para integrarse en un razonamiento moral; y que algunas normas promulgadas pueden no ser aptas para formar parte del sistema debido a su carácter gravemente injusto o a su incapacidad para ser usadas en un discurso moral. Pero creo que sobre todo porque la antigua centralidad de las normas ha sido reemplazada por la centralidad del razonamiento (de la aplicación, de la hermenéutica) sobre las bases procedimentales de un modelo ético constructivista.

El constructivismo ético de muchos planteamientos neoconstitucionalistas desempeña, en efecto, un papel fundamental. De un lado, porque relativiza la clásica separación entre moral crítica y moral social. Cabe decir que la moral abandona todo solipsismo, se democratiza y, de este modo, si aceptamos que el Derecho positivo puede ser visto como una especie de moral social, resultaría que sería la propia moral crítica quien se aproximase al orden jurídico como el más idóneo escenario para su realización: el sistema jurídico democrático se presenta nada menos que como la institucionalización del discurso moral racional. La conclusión no puede expresarse con mayor claridad: en un sistema democrático, y en la medida en que el Derecho sea el reflejo de una democracia constitucional sana, el Derecho debería ser el reflejo también de cierta corrección moral y en tal caso quedará fundada en alguna medida una cierta obligación de obediencia al Derecho (García Figueroa). La conexión intrínseca que hay entre democracia y moralidad, dice Nino, está dada por el valor epistemológico de la primera para determinar los alcances de la última. De ahí el reproche de positivismo ético: el Derecho, al menos el producido democráticamente, se revela como una fuente de moralidad y de justicia.

Finalmente, las tesis comentadas descansan o se conectan a un determinado modelo de ciencia jurídica, que en opinión de muchos es el capítulo donde la superación del positivismo se hace más urgente y necesaria: si el Derecho no es algo que *está ahí fuera* y que pueda ser estudiado con el distanciamiento que nos permiten los hechos externos y evidentes, si resulta que el Derecho reclama para su identificación y aplicación el desarrollo de un razonamiento moral a partir de las premisas éticas encarnadas en sus principios, en suma, si la descripción supone también justificación, entonces la figura del observador externo y neutral propia del positivismo no es que resulte imposible, sino que termina siendo muy poco fecunda e inadecuada para dar cuenta de la labor que ha de asumir el jurista, y paradigmáticamente el juez, en el marco del neoconstitucionalismo. La ciencia jurídica en general y la actividad de jueces y dogmáticos en particular, llamados todos al desarrollo de una argumentación moral a partir de los principios, no puede ser descrita como un quehacer neutral, ni asumir la función de mera espectadora, sino que de algún modo se integra en su propio objeto, escribiendo el último capítulo de una novela iniciada en la Constitución y, más allá, en el sistema moral en que ésta descansa.

■ V. Espero haber mostrado que el llamado neoconstitucionalismo no es una teoría o doctrina unitaria, y que ni siquiera dibuja o delimita una temática de reflexión bien

definida. No puede identificarse con una temática porque se puede ser neoconstitucionalista en diferentes sentidos o capítulos de la reflexión jurídico-política no implicados entre sí. Y tampoco es *una* teoría porque en cada uno de esos capítulos se han desarrollado posiciones neoconstitucionalistas no ya distintas, sino hasta opuestas y contradictorias, aun cuando aquí no hayamos podido analizar con detalle las diferencias. En realidad, creo que el calificativo que mejor conviene al neoconstitucionalismo es el de una filosofía del Derecho, del mismo tipo que el iusnaturalismo y el positivismo; una filosofía del Derecho tan totalizadora y pluralista como puedan ser estas dos últimas, o incluso más por cuanto combina elementos de ambas procedencias. Iusnaturalismo y positivismo, en efecto, son etiquetas que han desempeñado una función totalizadora porque sirven para designar los más variados discursos a propósito del Derecho y de la moral, en el terreno epistemológico, en el teórico, en el valorativo, etc.; y son pluralistas porque a propósito de cada uno de esos discursos no existe tampoco *una* sola posición iusnaturalista o positivista, sino al menos dos y con frecuencia más de dos. Que es lo mismo que ocurre con el neoconstitucionalismo.

Para empezar, el neoconstitucionalismo como filosofía política o doctrina del Estado justo ofrece un parecido asombroso con la doctrina de los derechos naturales que históricamente fue el motor fundamental (aunque no el único) del constitucionalismo. La idea de que la sociedad política tiene un fundamento *heteropoyético* –como le gusta decir a Ferrajoli– consistente en la protección de determinados derechos que hoy llamamos fundamentales, derechos que son la razón de ser y la fuente de legitimación del poder, representa la columna vertebral tanto del neoconstitucionalismo como de un cierto iusnaturalismo que podemos identificar con el racionalismo del siglo XVII y singularmente con Locke. La diferencia, sin duda muy importante, es que los derechos antes estaban *fuera* del Derecho positivo y representaban el parámetro de su *justicia*, mientras que ahora forman parte o están *dentro* del sistema y representan el parámetro de la *validez* de las normas. Pero no creo que sea forzar el significado de las palabras afirmar que el constitucionalismo y sobre todo el «neo» resultan ideológica y funcionalmente iusnaturalistas.

Por lo que se refiere a la teoría del Derecho, me parece que propiamente no debe hablarse de una tensión iusnaturalismo-positivismo. En este capítulo nos alimentamos más bien de dos tradiciones que pudiéramos llamar «transversales» porque se hallan presentes tanto en la cultura iusnaturalista como en la positivista, y como no podía ser de otro modo también en la neoconstitucionalista. Se trata, en primer lugar, del pensamiento dialéctico o problemático, que tiene su origen en la *Retórica* de Aristóteles y que suele concebir el Derecho, más que como un universo normativo cerrado y sistemático, como un conjunto de tópicos y argumentos aptos para guiar el razonamiento hacia la solución justa; cabe decir que desde esta perspectiva se subraya la primacía del lado activo o dinámico del Derecho, del razonamiento jurídico si se quiere, sobre el lado pasivo o estático de las normas generales. La segunda es la corriente que puede llamarse racionalista o sistemática, cuya máxima expresión fueron seguramente las construcciones iusnaturalistas del siglo XVII, que se prolongan en la Ilustración hasta enlazar con el movimiento codificador: el Derecho aparece aquí como un orden racional dotado de una lógica interna o, cuando menos, como un objeto de análisis susceptible de un conocimiento y de una reconstrucción racionales, en suma, el Derecho aparece como

sistema. Pues bien, hay una teoría iusnaturalista retórica o hermenéutica que resulta dominante en la antigüedad y en la Edad Media, como hay también un positivismo del mismo carácter, que se desarrolla a partir del antiformalismo de finales del XIX y que alcanza su máxima expresión en la Tópica, en la Retórica y en la Hermenéutica, es decir, en las aportaciones que pueden considerarse precedentes directos de la actual teoría de la argumentación. Pero hay también un iusnaturalismo y un positivismo racionalistas o sistemáticos; es más, la primera gran concepción del Derecho como sistema «geométrico» es obra del iusnaturalismo, cuyo método será heredado, por no decir directamente copiado, por el positivismo conceptualista. El neoconstitucionalismo tampoco cancela o supera aquí ninguna dialéctica, sino que viene a reproducir ambas tradiciones, aunque sea con argumentos más depurados. Como hemos tenido ocasión de ver, un buen número de neoconstitucionalistas hacen del razonamiento jurídico, y no de la norma, el aspecto o momento central de la experiencia jurídica, y los ejemplos de Zagrebelsky o Dworkin me parecen bastante elocuentes; pero hay también otros autores, como Ferrajoli, que propugnan nada menos que una teoría axiomatizada del Derecho, que es lo más parecido a un spinozismo jurídico (Vitale).

Consideraciones análogas pueden hacerse a propósito del concepto de Derecho. Centrándonos en la vieja querrela de las relaciones entre Derecho y moral, ¿qué tipo de superación ofrece el neoconstitucionalismo? Desde luego, algunos de sus representantes se consideran positivistas sin ulteriores matizaciones, como Comanducci. Quienes se declaran «postpositivistas» o «no positivistas», como Alexy, Nino o Dworkin aportan sin duda una visión original de las relaciones entre Derecho y moral a partir de la idea de unidad del razonamiento práctico, que rompe el tradicional objetualismo separacionista (el Derecho positivo por un lado y el natural por otro, como objetos o realidades separadas), de manera que es difícil saber cuándo estamos «haciendo» Derecho y cuándo moral, pues ambos se construyen al parecer con las mismas herramientas; los principios, comunes al Derecho y a la moral, serían el estímulo o el punto de partida para esa empresa argumentativa de carácter cooperativo, que encuentra en la democracia política primero y en el razonamiento jurídico después su mejor banco de pruebas. Ahora bien, parece más discutible que los resultados del empeño logren escapar de conclusiones ya conocidas porque, en definitiva, entre el iusnaturalismo y el positivismo ético no parece haber espacio para una alternativa superadora de ambos. Si se asume la conexión necesaria o conceptual entre Derecho y moral, o bien afirmamos que el Derecho o los procedimientos jurídicos son una fábrica de eticidad, una fábrica de normas moralmente obligatorias, y esto es positivismo ético; o bien afirmamos que algunas normas muy injustas o que carecen de toda aptitud para integrarse en un razonamiento moral no merecen el calificativo de jurídicas, y esto es iusnaturalismo. Y los neoconstitucionalistas de los que venimos hablando sostienen ambas cosas, curiosamente a veces al mismo tiempo. Y finalmente, a propósito de la ciencia jurídica, la idea de que el conocimiento del Derecho exige creencia y compromiso con los valores que encarna, enlaza tanto con algunas formulaciones iusnaturalistas (del iusnaturalismo teológico y de la canonística antigua, por ejemplo) como con otros más cercanos al positivismo ético (el jurista militante auspiciado por algunos desvaríos totalitarios), pero en todo caso representa una negación rotunda del modelo positivista de ciencia, y no una mera propuesta de conciliación con el mismo.