

## NEOCONSTITUCIONALISMO, MORAL Y POSITIVISMO METODOLÓGICO

Dr. Santiago Ortega Gómero

Abogado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Instituto Peruano de Pensamiento Complejo Edgar Morin – Universidad Ricardo Palma. Director de la Colección de Filosofía y Teoría del Derecho de ARA Editores. Director de la Revista *Saber*. Revista Hispanoamericana de Humanidades y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

El Estado de Derecho como organización político – institucional de nuestras sociedades es el resultado de la desarticulación del Derecho Natural Racional y la consolidación del Positivismo Jurídico como discurso teórico. Si en una primera fase los intereses del Estado de Derecho se concentraban en el diseño institucional de la sociedad fundada en la separación de poderes y justificada por una teoría jurídica basada en la *tesis de la neutralidad*, esto es, aquella que diferencia entre el derecho *que es*, de aquel *que debería ser*, en una posterior, la evolución hacia el Constitucionalismo significó la inserción de una Constitución rígida, garantías jurisdiccionales para la protección de su fuerza vinculante, el reconocimiento de los derechos fundamentales como estructuras

valorativas y la aparición de una teoría jurídica *normativa*, denominada neoconstitucionalismo, que afirma la necesaria vinculación entre derecho y moral. ¿Eso significa que el Positivismo Jurídico *ha muerto*? ¿Tiene para los neoconstitucionalistas un significado estándar la noción de moral? El presente trabajo tiene por finalidad exponer brevemente las principales tesis neoconstitucionalistas y su pretensión de fundamentación moral de la normatividad del Derecho.

El Estado de derecho<sup>103</sup> como modelo político institucional de nuestras sociedades tiene sus orígenes en la desarticulación teórica del Derecho Natural Racional.

<sup>103</sup> Cf. BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, Democracia y Constitución, en *Isonomía*, 16, pp. 65– 94, 2002; Michelangelo, Bovero, Democracia y Derechos Fundamentales, en *Isonomía*, 16, pp. 21 – 38, 2002; Rafael, De Asís Roig, Modelos Teóricos del Estado de Derecho, en *Doxa*, 22, pp. 221 – 232, 1999; Enrico, Diciotti, Stato di diritto e diritti sociali, en *Diritto & questione pubbliche*, 4, pp. 49 – 79, 2004; David, Dyzenhaus, David, The Legitimacy of The Rule of Law, en *Colloquium*, pp. 1 – 51, 2006; Andrei, Marmor, The Ideal of the Rule of Law, en *Legal Studies Research paper series Nº 8*, pp. 1 – 17, 2006; Gianluigi, Polombella, The abuse of Rights and the Rule of Law, pp. 1 – 23, 2005; Gianluigi, Polombella, The Rule of Law Beyond the State. Failures, Promises and Theory, pp. 1 – 25, s/a; Jeremy, Waldron, The Concept and the Rule of Law, en *Second Congress on the Philosophy of Law*, Mexico City, pp. 1 – 59, 1999; Rodolfo, Vázquez et. al. (ed.), *Estado de Derecho. Concepto, Fundamentos y Democratización en América Latina*, Siglo XXI, México DF, 2002; Mark, Bennett, “The Rule of Law” Jeans Literally What Says: The Rule of the Law: Fuller and Raz on Formal Legality and the Concept of Law, en *Australian Journal of Legal Philosophy*, 32, pp. 90 – 114, 2007.

En efecto, con la aparición de las estructuras políticas modernas, fundadas en la noción de *autonomía*, la segmentación de la *Respublica Christiana*, resultado de la consolidación de los Estados – nación y la paulatina formación de una sociedad funcionalmente estructurada sin *telos* ni naturaleza imperfecta que redimir, el origen divino de la *validez* jurídica del Derecho medieval resultaba insostenible.

En el mundo premoderno, caracterizado por una ontología dualista, la complementación entre derecho sacro y derecho profano era resultado de una comprensión religiosa de la realidad. Por ello, la legitimidad del poder político del príncipe, así como su rango de juez supremo, derivaba del derecho sacro, es decir, las funciones burocráticas y decisiones reales estaban restringidas por un marco jurídico de carácter *metasocial*.

El derecho sacro se constituía como un *momento de incondicionalidad*, una fuente de *normatividad* auto fundada, a la cual no era posible oponerle el carácter instrumental del orden jurídico, pues una pretensión de esta naturaleza significaba la pérdida de legitimidad.

Con la separación del *ámbito público* del *privado*, resultado de las concesiones efectuadas por un poder político desestabilizado debido a las guerras religiosas, la referida comprensión teológica de la realidad fue disolviéndose hasta lograrse una distinción entre lo político y lo religioso.

Ante la caída del Derecho sacro y la pérdida de su fuente de *normatividad*, el poder político debía llenar este vacío mediante un equivalente racional del cual obtuviera legitimidad.

El afianzamiento de la soberanía como fuente de validez del orden jurídico constituyó la respuesta formulada desde el poder absoluto. Sin embargo, la imposición política de las normas jurídicas, y el uso de la coerción para esta finalidad, demandaba aún un poder legítimo, así como también un derecho positivo que preserve el *momento de incondicionalidad*.

Durante este periodo, el Derecho Natural Racional cumple un papel preponderante, pues en el marco de una sociedad postradicional en cuyo seno conviven concepciones diversas e incluso opuestas sobre la noción de bien y justicia, el derecho moderno queda ligado a principios y asentado en una racionalidad procedimental.

A su vez, las teorías contractualistas de la sociedad asumen que la legitimidad de la autolegislación, derivada de la autonomía ciudadana, contiene las aspiraciones racionales de bienestar de cada sujeto concluyéndose, correctamente, que la razón del derecho moderno es razón práctica, es decir, la normatividad del orden jurídico queda sometido a la luz de principios derivados *a priori* de la razón práctica.

Sometidas las normas jurídicas positivas a principios morales, el Derecho Natural Racional trajo consigo dos versiones bastante distintas. Por una lado, Thomas Hobbes<sup>104</sup>, fundador de la primera teoría del Estado moderno y del otro la filosofía idealista trascendental Kantiana<sup>105</sup>.

En la experiencia jurídica anglosajona, podemos encontrar la distinción entre el *common law* y el *statute law*, similar a la proyectada entre el *jus commune* y *jus particulare* en Europa Continental.

En Inglaterra, la formación del *common law* fue resultado de la institucionalización de un Derecho consuetudinario surgido de las relaciones sociales y recogido por las instancias judiciales, en tanto que, el *statute law* es el derecho establecido por el poder soberano del rey o del Parlamento.

Esta diferenciación se ha mantenido nominalmente en vigor, pues el *statute law* es válido en tanto no contradiga al *common law*:

*“Según una distinción constitucional de la Inglaterra medieval, el poder del soberano se distingue, de hecho, en gubernaculum (poder de gobierno) y jurisdictio (poder de aplicar leyes); el rey, en el ejercicio de la jurisdictio (a través de sus juicios) estaba obligado a aplicar el common law; éste último, por tanto, limitaba el poder del soberano”*<sup>106</sup>.

<sup>104</sup> Vid. HOBBS, Thomas, *Leviathan*, en C. Macpherson (ed.) Pelican, Middlesex, 1968; *Behemot or the Long Parliament*, Chicago University Press, Chicago, 1990; *De Cive*, R. Roystone, Londres, 1651. Sobre el pensamiento de Thomas Hobbes puede consultarse Michael, Oakeshott, *Hobbes on Civil Association*, Basil Blackwell, Oxford, 1975; Norberto Bobbio, *Thomas Hobbes*, Fondo de Cultura Económica, México DF., 1992; M. Goldsmith, *Thomas Hobbes o la política como ciencia*, Fondo de Cultura Económica, México DF., 1988; David, BOUCHER y Paul Kelly, *The social contract from Hobbes to Rawls*, Routledge, Londres, 1994.

<sup>105</sup> Vid. KANT, Immanuel, *Cimentación para la metafísica de las costumbres*, Aguilar, Madrid, 1961; sobre Kant puede consultarse Onora, O'Neill, *Construction of Reason, Explorations of Kant's Practical Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

<sup>106</sup> Norberto, Bobbio, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1998, p. 51.

No obstante, la inestabilidad del sistema político inglés, resultado de los conflictos interreligiosos, acarreó una versión absolutista del Derecho Natural Racional. Hobbes en polémica con sir Edward Coke, defiende el poder del soberano y la preeminencia del derecho estatutario, pues la preservación de la autoridad y la obediencia al soberano resguardarán las bases políticas de la sociedad.

La abierta oposición de Hobbes a un derecho preexistente al Estado, lo convierte en uno de los precursores del positivismo, pues desde una ética utilitarista afirma la preeminencia de la autoridad. “No es la sabiduría, sino la autoridad, la que hace una ley”, sentenció.

Por eso, para esta línea absolutista del Derecho Natural Racional, toda fuente de *normatividad* descansa en la soberanía del poder político, el cual cedió márgenes de libertad en el momento contractual del paso del estado de naturaleza al estado de sociedad.

Para Hobbes, por supuesto, estas circunstancias no eran hipotéticas, sino una realidad en la desordenada Inglaterra del siglo XVII. Motivado por un pesimismo agustino<sup>107</sup>, muy propio del protestantismo de la época, Hobbes creía que la corrupción del hombre le impedía alcanzar las leyes naturales de un orden perfecto, así como también era un crítico pertinaz de los órdenes libertarios. Aún así, en el ideario hobbesiano se hallaba una distinción fundamental para la construcción de la noción de autonomía de la libertad: *in foro interno* e *in foro externo*. Por ello, hace bien en afirmar Reinhart Koselleck que el hombre hobbesiano era un hombre dividido en dos mitades: una privada y otra pública, resultado de concesiones por parte del poder político<sup>108</sup>.

A nivel jurídico, la teoría hobbesiana desarrolló un equivalente racional que permitía una sustitución del Derecho Sacro, y se apoyaba en el poder soberano del rey. Para Habermas esta tentativa hobbesiana constituye una *contradicción realizativa*, en el sentido que le otorga Karl Otto Apel, pues según afirma, “el contenido manifiesto de su teoría [la de Hobbes], que explica cómo el derecho totalmente positivado funciona de forma ajena a toda moral, cae en contradicción con el papel *pragmático* de la misma teoría, que trata de explicar a sus lectores por qué podrían tener buenas razones como ciudadanos libres e iguales para decidir someterse a un poder estatal absoluto”<sup>109</sup>.

La otra vertiente del Derecho Natural Racional está representada por Immanuel Kant, quien le otorga al derecho un carácter esencialmente moral. Kant, ya desde su interpretación liberal de la razón práctica y de la soberanía popular en la constitución del sistema de derechos de la Modernidad, deja en claro su comprensión deontológica de los principios jurídicos<sup>110</sup>.

El *principio general del derecho*, de acuerdo a Kant, se deriva del imperativo categórico y de este principio de legislación “se sigue el derecho subjetivo originario de cada uno a exigir de todos los demás miembros del sistema jurídico el respeto a su libertad en la medida en que esa libertad se pueda poner en concordancia con la igual libertad de todos conforme a leyes generales”<sup>111</sup>, esta sería la base para que luego la dogmática jurídica alemana construyera los derechos subjetivos privados, en cuya forma descansaba la moral en el derecho, según lo afirmaba el propio Savigny.

<sup>107</sup> Cf. HERNANDO Eduardo, *Pensando Peligrosamente: el pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa*, Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial, Lima, 2002, p. 71.

<sup>108</sup> KOSELLECK, Reinhart, *Critique and Crisis: Enlightenment and the Pathogenesis of Modern Society*, Berg, New York, 1988.

<sup>109</sup> JÜRGEN, Habermas, ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?, en *Doxa*, 5, 1988, p.30.

<sup>110</sup> En este punto, resulta de gran interés las apreciaciones de Habermas sobre la postura republicana de Rousseau en torno a la relación entre razón práctica y voluntad soberana, en contraposición a la lectura liberal de Kant. El mencionado autor afirma que la conexión entre derechos del hombre y soberanía popular como base de la autocomprensión del sistema de derechos de la Modernidad “ permanece cerrada tanto en Kant como en Rousseau. Pues bajo las premisas de la filosofía de la conciencia la razón y la voluntad pueden quedar, ciertamente aunadas a un concepto de autonomía, pero sólo de forma que esta facultad de autodeterminarse queda adscrita a un sujeto, bien sea el yo inteligible de la *Crítica de la razón pura*, bien sea el pueblo de *El contrato social*. Si la voluntad racional sólo puede formarse en el sujeto particular (ésta es la idea de Kant), entonces la autonomía moral del sujeto particular tiene que penetrar a través de la autonomía política de la voluntad unida de todos, asegurando así de antemano en términos de derecho natural la autonomía privada de cada uno. Si la voluntad racional sólo puede formarse en el sujeto en gran formato que es un pueblo o una nación (ésta es la idea de Rousseau), la autonomía política tiene que ser entendida como la realización autoconsciente de la esencia ética de una comunidad concreta; y la autonomía privada sólo podrá protegerse ya de la fuerza arrolladora de la autonomía política mediante la forma de no – discriminación que representan las leyes generales.” Jürgen, Habermas, *Facticidad y validez Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, p. 168.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 171.

En tal sentido, en Kant el derecho natural se deduce *a priori* de la razón práctica y de esta deducción el principio general del derecho garantiza la autonomía privada del hombre como anterior a la voluntad soberana de los ciudadanos. Esta restricción es propia de la teoría kantiana de los derechos del hombre y la caracteriza como un tipo de teoría *moral* de los mismos.

Si Hobbes prescinde del momento de *incondicionalidad* de las normas reemplazándola por una voluntad soberana secularizada, Kant minimiza todo rasgo instrumental del derecho del cual pueda servirse el poder político, es decir, disuelve el derecho en la moral. Con ambas posiciones, el Derecho Natural Racional queda consolidado como reemplazo del Derecho Sacro.

No obstante, el Derecho Natural Racional pronto se vio desbordado por una intensa dinámica social, una sociedad con una estructura administrativa compleja y definida según los parámetros del poder fáctico y económico. Se necesitaba, por tanto, un modelo institucional que respondiera a las exigencias planteadas por una intensificada liberalización de la economía, una sociedad funcionalmente diseñada y un aparato político cuyos poderes sean conferidos por la ley. Concretamente, se aspiraba a una profundización de la racionalidad procedimental en la comprensión del mundo.

Éste modelo lo proporcionó el Estado de derecho. Pero, el Estado de derecho mismo ha sufrido cambios importantes desde su aparición en el escenario político moderno. De acuerdo a la tesis sostenida por Luigi Ferrajoli, se pueden identificar dos modelos de Estado de derecho que, en rigor, hacen referencia a una tipología político – institucional bastante diversa. “En sentido lato, débil o formal, “Estado de Derecho” designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las *formas* y con los procedimientos legalmente establecidos [...] En un segundo sentido, fuerte o sustancial, “Estado de Derecho” designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, *sujetos* a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados a ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los *contenidos*”<sup>112</sup>. Ambos modelos se remiten a una estructura constitucional que fue integrándose paulatinamente. El diseño institucional del Estado liberal se concretó mediante la separación de poderes, conformando de tal modo una

concepción política clásica de la Constitución, surgida a partir del artículo 16 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (1789).

En este primer constitucionalismo la Carta Magna organiza y distribuye las funciones del Estado, así como limita el poder político con la finalidad de proteger la libertad del ciudadano. La ampliación del repertorio de derechos fundamentales y la necesidad de tutela a los mismos generó una nueva concepción según la cual la Constitución no sólo organiza los poderes públicos sino la sociedad civil misma<sup>113</sup>.

Por eso, de acuerdo al esquema trazado por Ferrajoli, los modelos normativos del Estado de derecho son el paleo – iuspositivista del Estado legislativo de derecho y el neo – iuspositivista del Estado constitucional de derecho.

Fue el primer modelo, es decir, el Estado legislativo de derecho, de evidente signo liberal, el que se alzó en reemplazo de un Derecho Natural Racional exhausto, pues un tipo de normatividad deducida *a priori* llegó a ser insostenible.

En este primer modelo de Estado, la centralización de las fuentes del derecho se expresó en la monopolización de la producción jurídica. En adelante, la superposición de normas jurídicas emanadas de diversas instituciones como la Iglesia, los municipios, las corporaciones, etc., quedaba resuelta mediante la remisión a una instancia soberana, con legitimidad para el uso de la coerción.

Del mismo modo, la multiplicidad de criterios valorativos que se constituían como fuente de normatividad de acuerdo a la naturaleza de cada institución quedaba fundida en una instancia axiológica, diseñada con el propósito de garantizar tanto la certeza de las decisiones judiciales como la libertad de los ciudadanos, esto es, el principio de legalidad. Asimismo, estos cambios estructurales acarrearón transformaciones en el paradigma de la ciencia jurídica.

Al respecto, se afirma que en “la experiencia premoderna la ciencia jurídica, al ser el Derecho no “puesto” como su “objeto” sino recibido por tradición y constantemente reelaborado por la sabiduría de los doctores, era inmediatamente normativa y se identificaba, de hecho, con el Derecho mismo.

<sup>112</sup> Ibid., p. 13.

<sup>113</sup> Cf. GUASTINI, Riccardo La interpretación de la Constitución, en Santiago, Ortega (ed.) *Razonamiento e Interpretación Jurídica*. vol. I, Hermeneia Editores, Lima, 2008, p. 35.

Por el contrario, con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del Derecho existente, la ciencia jurídica deja de ser una ciencia inmediatamente normativa para convertirse en una disciplina tendencialmente cognoscitiva, es decir, explicativa de un objeto – el Derecho positivo – autónomo y separado de ella<sup>114</sup>.

En el caso del Estado constitucional, los cambios ocurridos en el orden jurídico han sido igual de radicales. Como producto de la subordinación de las leyes a la Constitución, la creación de instancias jurisdiccionales que tutelan la validez normativa de la misma y la incorporación de prohibiciones a los poderes político y fáctico derivados del contenido sustancial de las normas fundamentales, la formación de un nuevo tipo de sistema jurídico basado en constituciones invasivas no se hizo esperar.

Si en el modelo paleo - iuspositivista del Estado de derecho la validez de las normas se apartaba de la justicia, en el Estado constitucional cabe la posibilidad de normas formalmente válidas pero sustancialmente inválidas. Al referirse a las condiciones que posibilitaron este proceso de constitucionalización, Riccardo Guastini ofrece una esclarecedora clasificación de las razones que lo provocaron.

En primer lugar, la aparición de una *Constitución rígida*, como condición necesaria, significó la incorporación de procesos agravados que permiten una diferenciación de rango normativo entre leyes ordinarias y normas constitucionales.

En este punto, el mismo Guastini, en sus trabajos referidos a la reforma de la Constitución<sup>115</sup>, esboza una tipología en la que se contempla al sistema político democrático y los derechos fundamentales como bienes constitucionales que no pueden ser variados ni siquiera mediante reforma constitucional.

Por otro lado, la *garantía jurisdiccional de la Constitución*, ya sea en su modelo de control *a priori* e *in concreto*, característico de los Estados Unidos, *a priori* e *in abstracto*, propio del sistema francés y *a posteriori* e *in concreto*, correspondiente a los países latinos, cumple

un papel fundamental en la protección del carácter normativo y vinculante de las constituciones.

Las demás condiciones de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, entre las que se encuentran la *fuerza vinculante de la Constitución*, la *“sobreinterpretación” de la Constitución*, la *aplicación directa de las normas constitucionales*, la *interpretación conforme de las leyes* y la *influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas*, pueden cumplirse en una mayor o menor medida, esto significa que las mismas son susceptibles de entenderse como parámetros para determinar el grado de condicionamiento e invasión que la Constitución ejerce sobre un sistema jurídico específico.

Ahora bien, en el marco de una progresiva constitucionalización del ordenamiento jurídico, el neoconstitucionalismo surge como fundamento iusfilosófico de una comprensión del Derecho de orientación antipositivista y destinada a conformarse como doctrina del Derecho constitucional. Curiosamente, fue en el apogeo del positivismo jurídico, producido en la década del sesenta gracias a la publicación de textos como *On Law and Justice*<sup>116</sup> de Alf Ross, la segunda *Reine Rechtslehre*<sup>117</sup> de Hans Kelsen y *The Concept of Law*<sup>118</sup> de Herbert Hart, donde se produjo un debate precursor entre Norberto Bobbio y Nicola Matteucci.

En un viejo ensayo titulado “Positivismo jurídico y constitucionalismo”, Matteucci cuestiona la tesis de la neutralidad de la ciencia jurídica sostenida por Bobbio, pues la considera como expresión de un legalismo ético basado en el paradigma estatista.

De tal modo, los cambios estructurales ocurridos en el orden jurídico implican el abandono del positivismo como teoría jurídica, pues éste ya no se adecúa al nuevo constitucionalismo. En defensa del *judicial review*, y proyectando la figura de Sir Edwar Coke, famoso partidario del *Derecho común* y adversario de Thomas Hobbes, Nicola Matteucci llega a afirmar que “el gobierno de los jueces representa propiamente el gobierno de la ley”<sup>119</sup>.

<sup>114</sup> FERRAJOLI, Luigi, Pasado y Futuro del Estado de Derecho, en Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2005, p. 16.

<sup>115</sup> Cf. GUASTINI, Riccardo, Rigidez Constitucional y límites a la Reforma en el Ordenamiento Italiano, en *Aequum et Bonum*, 1, 2003, p. 115. También véase, José Juan, Moreso, *Disposiciones de la Reforma Constitucional*, en *Doxa*, 10, 1991.

<sup>116</sup> ROSS, Alf, *On Law and Justice*, University of California, Berkeley, 1959.

<sup>117</sup> KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien, 1960.

<sup>118</sup> Herbert H. L., Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1960.

<sup>119</sup> METTEUCCI, Nicola *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 62.

Por su parte, Norberto Bobbio reafirma su convicción en torno a la defensa de la autonomía metodológica iuspositivista<sup>120</sup>. Basándose en la tesis de la neutralidad, Bobbio estima indispensable diferenciar entre el derecho *que es* de aquel *que debería ser*<sup>121</sup>, en buena cuenta, la naturaleza normativa que los neoconstitucionalistas desean impregnar a la ciencia jurídica significa identificar sólo como Constituciones aquellas que se justifican en valores morales. Estas Constituciones *buenas* demandarían un método propio que el positivismo jurídico no proporciona, muy por el contrario, la tesis de la neutralidad postula que no es necesario remitirse a valores morales para identificar normas jurídicas.

En efecto, el iuspositivismo como metodología afirma la contingente separación entre Derecho y moral, lo cual permite que el primero sea estudiado como un hecho social sin necesidad de adoptar posturas basadas en valores morales. Por ello, si la ciencia del derecho no desea convertirse en ideología sino preservar su rango científico, los valores jurídicos estudiados deben ser comunes a la totalidad de los sistemas jurídicos.

Por el contrario, “el neoconstitucionalismo [...] mortificando, por ejemplo, la noción de validez formal con una acentuación excesiva de la validez material, parecería considerar sólo los valores que están protegidos por ordenamientos jurídicos inspirados en ciertas ideologías”<sup>122</sup>.

En su intento por ordenar las principales propuestas teóricas sostenidas por el neoconstitucionalismo, Susanna Pozzolo ha identificado diez tesis<sup>123</sup>, entre las que se cuentan al derecho como razones para la acción justificadas en una moral racionalmente fundada. Esta tesis, quizá la más importante del neoconstitucionalismo, armoniza con la negación de la postura iuspositivista de la separación conceptual entre Derecho y moral.

Como estructura de comprensión, el neoconstitucionalismo propone un modelo axiológico - normativo<sup>124</sup> cuyo ideal jurídico no es distinto a las normas positivizadas, al contrario, el núcleo de racionalidad de las normas mismas está definido con la inserción de este ideal jurídico en los principios constitucionales. A diferencia del antiguo iusnaturalismo la necesaria conexión entre Derecho y moral se halla a nivel de principios fundamentales, los cuales son materia de estudio del constitucionalismo.

Esto explica el porqué las más agudas reflexiones de los teóricos neoconstitucionalistas han estado dirigidas a teorizar sobre Derechos Fundamentales. Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky y Carlos Santiago Nino han sido quienes con mayor rigor han cuestionado las bases del positivismo jurídico y su capacidad para explicar fielmente al Estado constitucional. Es más, las insistentes críticas lanzadas

<sup>120</sup> “La distinzione di Bobbio tra tre aspetti del positivismo giuridico (come ideologia, come teoria e come metodo) richiede che ciascuno di questi aspetti sia logicamente indipendente dagli altri due. Secondo Bobbio, è possibile accogliere la tesi che il compito della scienza statualistica del diritto, storicamente associata al positivismo giuridico, ove la si ritenga una teoria errata, cioè incapace di individuare correttamente il diritto esistente.” Aldo, Schiavello, Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?, en *Diritto & questioni pubbliche*, 3, 2003, p. 41.

<sup>121</sup> “Per dirla con le parole di un giuspositivista contemporaneo: “il positivismo giuridico è semplicemente una teoria su ciò che è diritto e niente di più: solo le regole che derivano da fonti sociali sono regole giuridiche. Il positivismo giuridico non è una teoria linguistica, né una teoria morale o una teoria circa gli obblighi morali del giudice. Alcuni teorici del diritto possono essere positivisti giuridici perché sono scettici morali o utilitaristi o autoritari in politica o perché ritengono che tutte le leggi siano comandi, ma nessuna di queste teorie è parte del positivismo giuridico”. Aldo, Schiavello, citando a M. Hartney, *Dyzenhaus on Positivism and Judicial Obligation*, en *Ratio Juris*, 7, 1994, p. 48.

<sup>122</sup> POZZOLO, Susanna Un Constitucionalismo ambiguo, en Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2005, p. 209.

<sup>123</sup> Estas diez tesis son: “i) il diritto offre ragioni per agire, non coincide con el “mero comando” in quanto avanza una pretesa di giustizia (*Anspruch auf Richtigkeit*) ed incorpora dei principi morali “che appartengono a una morale racionalmente fondata”, ii) l’*autorità del diritto* va ricondotta alla connessione necessaria che lega diritto positivo e giustizia; iii) la *teoría del diritto*, dovendorender conto della prospettiva del partecipante, vale a dire della prospettiva di chi considera el diritto una ragione per agire, non può essere neutrale, ma deve assumere un punto di vista normativo; iv) l’*idea austriana* secondo cui il diritto sarebbe un sistema coercitivo coglie soltanto la patologia della prassi giuridica e, dunque, va abbandonata; v) il *compito della giurisprudenza* è il perseguimento della giustizia sostanziale attraverso il ricorso a principi e valori, che limitano, o escludono del tutto, la discrezionalità giudiziale; vi) la *técnica del bilanciamento* tra principi individua il caso esemplare, típico di interpretaciones giuridiche; vii) la *normatività del diritto* è connessa alla promozione del bene comune. Di conseguenza, la giustificazione del diritto non può che avere natura morale; viii) il *diritto non è un “dato di fatto”* (plain – fact view of law) ma una pratica sociale complessa; ix) la *validità del diritto* è da intendersi in termini sostanziali e non meramente formali; x) esistono criteri oggettivi che consentono di giustificare racionalmente le decisioni giudiziali.” Susanna Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 126 – 127.

<sup>124</sup> Vid. POZZOLO, Susanna Un Constitucionalismo ambiguo, en Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2005, p. 188.

por Dworkin a Herbert Hart, terminaron por hacer que éste se adhiera al denominado iuspositivismo inclusivo (*soft positivism*).

En tanto el positivismo exclusivo, representado por Joseph Raz, asume la tradicional tesis según la cual se niega “una conexión (identificativa) necesaria entre Derecho y moral, considerados conceptualmente distintos entre sí. El iuspositivismo inclusivo, por otra parte, debilita esta tesis: la moral, a pesar de ser diferente o distinguible frente al Derecho positivo, podría ser contingentemente incluida; el Derecho positivo bien podría remitir a valores morales [...]”<sup>125</sup>.

Es más, el denominado “teorema fundamental de la filosofía del Derecho”, sustentado por Carlos Santiago Nino, afirma que el Derecho sólo pueda asumirse como obligatorio si está debidamente justificado, o sea, si “está apoyado en principios morales”<sup>126</sup>.

Basándose en la ley de Hume, Nino cuestiona que el positivismo jurídico afirme que el Derecho sea sólo un hecho social, cuya obligatoriedad deriva de su facticidad, esto implicaría que de un hecho fácticamente identificable se pase sin que medie categoría axiológica alguna a un hecho valorativo.

Adhiriéndose al denominado imperialismo de la moral, los neoconstitucionalistas estiman que el Derecho no puede proporcionar justificaciones autónomas, lo cual significa que la obligatoriedad del ordenamiento no es autofundada, por el contrario, éste debe remitirse a valores de naturaleza normativa no – jurídica, que en el presente caso serían valores morales.

El caso de Nino es particular, pues sus reflexiones están íntimamente vinculadas con los esfuerzos teóricos por elaborar una teoría democrática radical de naturaleza normativa, que se corresponda con el Estado constitucional.

Del mismo modo, el mencionado autor suscribe discutibles tesis de tendencia iusnaturalista, pues “se adhiere evidentemente a una versión fuerte de la tesis del caso especial (*Sonderfallthese*) de Robert Alexy, otro representante destacado del neoconstitucionalismo: el razonamiento jurídico, por tanto, no sólo sería un caso especial del razonamiento *práctico* – posición de por sí todavía compatible con la tesis iuspositivista de la separación – sino también, más específicamente, del razonamiento *moral*”<sup>127</sup>.

Pero, ¿qué tipo de moral es la que mejor se acomoda a las pretensiones neoconstitucionalistas? En este punto, la claridad conceptual se transforma en una condición necesaria para la racionalidad teórica y pareciera que los diversos y amplios sentidos en los que se puede entender al neoconstitucionalismo, aquella no es una exigencia relevante.

No queda muy claro cuál es el significado atribuido a un término polisémico como el de moral, a pesar que se constituye en fuente de normatividad, la moral no tiene en el horizonte teórico estudiado un contenido semántico estándar. Susanna Pozzolo, conviene en denominar como *moral individual* a un conjunto de principios referidos al comportamiento humano en relación a la idea que cada uno tiene de lo que está bien y de lo que está mal.

En otro sentido, la *moral positiva* se refiere a un conjunto de principios referidos al comportamiento humano en relación a la idea que cada grupo social tiene de lo que está bien y de lo que está mal. En el caso de la *moral crítica*, esta implica juicios éticos expresados en condiciones de omnisciencia y tranquilidad, sobre la base del principio de universalización.

Finalmente, la *moral universal* u *objetiva*, la cual no se remite a algún sustrato empírico, está conformada por principios justos en sí mismos, es decir, principios sin contextos de formación específicos, imposibles de identificarse a través de las metodologías de las ciencias sociales<sup>128</sup>.

<sup>125</sup> BARBERIS, Mauro Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral, en Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2005, p. 263.

<sup>126</sup> NINO, Carlos Santiago, Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico, en *Ragion pratica*, 1, 1993, p. 32.

<sup>127</sup> BARBERIS, Mauro, Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral, en Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2005, p. 265. En torno a la tesis del discurso jurídico como caso especial del discurso Jürgen, Habermas se ha expresado del siguiente modo “La tesis que considera el discurso jurídico como caso especial del discurso moral, defendida en una u otra versión, resulta plausible desde puntos de vista heurísticos, pero sugiere una subordinación errónea del derecho a la moral, no liberada aún de las connotaciones del derecho natural. La tesis pierde todo su interés en cuanto se toma en serio esa diferenciación paralela de derecho y moral, que se produce en el nivel postconvencional de fundamentación.” Jürgen, Habermas, *Op. Cit.*, pp. 305 – 305.

<sup>128</sup> Vid. POZZOLO, Susanna, Un Constitucionalismo ambiguo, en Miguel, Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2005, p. 198.

Siguiendo a Pozzolo, “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.”<sup>129</sup> Si el tipo de moral a la que se refiere el neoconstitucionalismo es la moral universal, entonces ¿por qué habría de obedecer a las normas jurídicas y no directamente a la moral? Nino, desde su adhesión al denominado imperialismo de la moral, afirmó que existe un tipo de derecho que debe ser obedecido en virtud de su legitimidad: el Derecho producido por el legislador democráticamente elegido, el cual proporcionaría razones *epistémicas* para creer que las normas jurídicas legisladas por la autoridad democrática obtienen su validez de principios morales.

Este es el contexto en el que se inserta el Neoconstitucionalismo. No cabe duda que la democracia, y las teorías normativas o descriptivas elaboradas en torno a ella, mantengan una vigencia indiscutible en los sistemas jurídicos del mundo, sin embargo, el tipo de articulación teórica establecida con el Estado constitucional pareciera que no diera cuenta fielmente de los poderes fácticos y sociales existentes.

Si le cabe algún papel moral al Estado constitucional, ese será el de ser un mediador institucionalizado entre el sistema jurídico y el poder comunicativo de la sociedad, es decir, un instrumento cuyos principios garanticen la tutela de la autonomía ciudadana y la autonomía de la voluntad, así como de los Derechos Fundamentales.

Ése será el eje de reflexión que se sostenga en los próximos años, en plena vigencia del denominado Neoconstitucionalismo, y orientado a la tarea por formular una interpretación positivista metodológica del derecho.

---

<sup>129</sup> Ibid., p. 202.