

COMANDUCCI SOBRE NEOCONSTITUCIONALISMO*

José Juan Moreso
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

The rule-sceptic is sometimes a disappointed absolutist;
he has found that rules are not all they would be in
a formalist's heaven, or in a world where men were like gods
and could anticipate all possible combinations of fact...

H.L.A. Hart, *The Concept of Law*
(Oxford: Oxford University Press, 1961, p. 135)

(1)

En un trabajo reciente,¹ Paolo Comanducci realiza un aguda disección de los presupuestos de una determinada concepción del Derecho, conocida como 'constitucionalismo' o también 'neoconstitucionalismo'. El autor comienza, muy atinadamente, distinguiendo el constitucionalismo como una concepción teórica acerca del derecho, del constitucionalismo como un modelo constitucional, 'o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales' (p. 89). El trabajo presenta, a continuación, un bosquejo del constitucionalismo moderno en la Europa continental de finales del siglo XVIII e inicios del XIX y una reconstrucción histórica de las vicisitudes del modelo constitucional italiano (desde los orígenes hasta la Constitución de 1948). Aunque estas páginas están llenas de sugerencias interesantes y dado que el retrato me parece muy fiel, nada diré sobre todo ello.

(2)

El núcleo del trabajo lo constituye, sin embargo, una original presentación y una acerada crítica de las tesis del neoconstitucionalismo contemporáneo. Tomando la conocida distinción de Bobbio,² entre tres acepciones de la expresión 'positivismo jurídico': como teoría, como ideología y como método; Comanducci nos propone analizar el neoconstitucionalismo desde estas tres perspectivas. Desde este punto de vista, el neoconstitucionalismo –distanciándose así del constitucionalismo tradicional– se presenta como una concepción del Derecho, contrapuesta al positivismo jurídico, una especie (como veremos) de iusnaturalismo. En sus versiones más extremas (Comanducci se refiere a R. Alexy, R. Dworkin, L. Ferrajoli y G. Zagrebelsky, vd. p. 101, 102-105, 106-107), el neoconstitucionalismo es a la vez, una *teoría del derecho* que atenta a los cambios normativos que han tenido lugar en nuestros ordenamientos jurídicos (en el italiano a partir de la Constitución de 1948, en el español a partir de la

* Este trabajo fue presentado como réplica a la contribución de Paolo Comanducci al *Seminario Albert Calsamiglia* que tuvo lugar en la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona), los días 13 y 14 de febrero de 2003. Agradezco las observaciones de todos los que participaron en el seminario y de los que, sin participar, leyeron mi manuscrito; especialmente las de Bruno Celano, Jordi Ferrer, Josep Lluís Martí, Cristina Redondo y, sobre todo, las del propio Paolo Comanducci.

¹ Paolo Comanducci, 'Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico', *Isonomía* 16 (2002): 89-112. Los números de las páginas entre parentésis en el texto se refieren siempre a este trabajo.

² Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (Milano: Comunità, 1965).

Constitución de 1978), trata de dar cuenta de ellos adecuadamente y postula la necesidad de una ciencia jurídica *normativa*, una ciencia jurídica que no sólo describe los derechos y deberes de los ciudadanos de acuerdo con lo que establece determinado ordenamiento jurídico, sino que tiene como cometido *valorar* dichos contenidos desde el entramado axiológico de la Constitución; es también una *ideología* que ‘se muestra proclive a entender que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a la Constitución’ (p. 100); y es también y por último una metodología: ‘el neoconstitucionalismo metodológico sostiene por el contrario –al menos respecto a situaciones de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral- la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral’ (p. 101).

(3)

Me propongo discutir las tesis que Comanducci atribuye al neoconstitucionalismo y las críticas que le dirige, con el doble objetivo de trazar los perfiles que considero adecuados de dicha concepción y mostrar que, así trazados, dicha concepción es perfectamente compatible con el positivismo jurídico. Para tal fin, acepto la presentación del autor y la división entre neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico y desarrollaré mi réplica a partir de este patrón.

(4)

Comanducci, al analizar el constitucionalismo teórico, afirma ‘al interior de la teoría constitucionalista, por otro lado, se asiste a la formación de dos tendencias contrapuestas de pensamiento: mientras algunos de sus exponentes entienden que aquella no es más que la continuación, con el mismo método pero con un objeto (parcialmente) modificado, del iuspositivismo, otros sostienen por el contrario que las transformaciones del objeto de investigación comportan la necesidad de un cambio radical de metodología, y que por tanto el neoconstitucionalismo presenta diferencias cualitativas respecto al iuspositivismo teórico’ (p. 98). Como es esperable, a Comanducci la primera tendencia le parece razonable puesto que los rasgos que Bobbio atribuía al positivismo jurídico como teoría: primacía de la ley entre las fuentes del Derecho, formalismo interpretativo, etc., son más bien patrimonio de formas decimonónicas de positivismo jurídico, que fueron abandonadas por los positivistas más destacados del siglo pasado (H. Kelsen, A. Ross y H.L.A. Hart, por ejemplo). La segunda tendencia le parece, en cambio, tal y como es representada por L. Ferrajoli y por G. Zagrebelsky, que ofrece ‘una reconstrucción del estatus y de las tareas de la teoría del derecho desde mi punto de vista inaceptable’ (p. 102). Veamos por qué. En relación con Ferrajoli, la preocupación de Comanducci reside en la insistencia ferrajoliana en una ciencia jurídica *normativa*.³ Ahora bien Ferrajoli entiende por tal, una ciencia jurídica consciente de que la validez de las normas infraconstitucionales está

³ Vd. los últimos desarrollos en Luigi Ferrajoli, ‘Derechos fundamentales’ en *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid: Trotta, 1999) y ‘Los derechos fundamentales en la teoría del derecho’ en *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (ed. de A. De Cabo y G. Pisarello, Madrid: Trotta, 2001).

condicionada a su conformidad con las normas constitucionales. Es una idea que Ferrajoli viene defendiendo desde sus primeros escritos. Veamos el siguiente ejemplo:⁴

la tesis ‘el ministro del interior con el visto bueno del presidente del consejo, o los prefectos por delegación, pueden declarar por decreto el estado de sitio en el caso de peligros de desórdenes, y el estado de guerra cuando sea necesario confiar a la autoridad militar la tutela del orden público, con la suspensión en ambos casos de una larga serie de garantías constitucionales’ puede ser afirmada como jurídicamente verdadera si se considera que los artículos 214-219 del Texto único de las leyes de Seguridad Pública del 18 de junio de 1931 son tal vez constitucionalmente inválidos, pero en cualquier caso todavía vigentes hasta que el Tribunal Constitucional no tenga la oportunidad de pronunciarse acerca de su legitimidad; pero puede ser también negada como jurídicamente falsa si se considera que las normas mencionadas han sido derogadas directamente por la Constitución por su manifiesto contraste con sus artículos, 1.2º, 13, 70, 76, 77, 78, 102 y 103.3º, y por lo tanto ya no son vigentes o son inexistentes.

En este sentido, la idea de que la ciencia jurídica es normativa es inocua: es normativa porque usa el contenido de determinadas normas superiores (constitucionales) para determinar la validez de otras normas inferiores (infraconstitucionales). Comanducci argumenta que Ferrajoli sostiene también que cuando la Constitución concede determinados derechos a los ciudadanos y para el disfrute de tales derechos se requiere la promulgación de determinadas medidas legislativas, entonces la ausencia de dichas medidas constituye una laguna, que debe ser denunciada por la ciencia jurídica. Esto le parece a Comanducci un síntoma de que Ferrajoli confunde las lagunas normativas con las lagunas axiológicas. Creo, sin embargo, que Ferrajoli podría todavía defenderse de esta acusación. Estas cuestiones dependen del diseño constitucional. En la Constitución española, por ejemplo, el derecho a la educación es un derecho que cuenta con tutela judicial y por lo tanto si el legislador no toma las medidas para garantizar el acceso a la escolarización de todos, un juez ordinario puede ordenarlo (en un caso concreto en que se deniega la escolarización de alguien, es claro). En cambio, el derecho a una vivienda digna no cuenta con dicha tutela judicial, ahora bien esto no significa que sea un derecho carente de consecuencias normativas, alguien competente para hacerlo podría argüir con éxito que determinada Ley de Presupuestos, por ejemplo, es inconstitucional porque vulnera gravemente dicho derecho. Comanducci asevera ‘lo que el derecho es no puede servir para criticar lo que el derecho es, ni para indicar lo que el derecho debe ser. Y sin embargo es justamente lo que Ferrajoli parece sostener’ (p. 104). No obstante, lo que el derecho (constitucional) es *sí* puede servir para criticar lo que el derecho (por ejemplo, penal) es, y también sirve para indicar lo que el derecho (penal) debe ser, de acuerdo con la Constitución. Todos los juristas están acostumbrados a realizar estas operaciones de crítica, cuando describen sistemas jurídicos que tienen una estructura jerárquica y en este sentido, ‘la teoría del derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días’ (p. 102).⁵

En resumen, el neoconstitucionalismo como teoría puede contemplarse como una teoría del derecho, compatible con el positivismo jurídico, especialmente atenta a

⁴ Luigi Ferrajoli, ‘La semantica della teoria del diritto’ en Uberto Scarpelli (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio* (Milano: Edizioni di Comunità, 1983).

⁵ La cuestión con Zagrebelsky es distinta. La posición de Zagrebelsky no puede considerarse iuspositivista, ni lo pretende. Queda más allá de los fines de este trabajo analizarla en detalle. Vd. Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, (Torino: Einaudi, 1992) y la relevante crítica de Riccardo Guastini, ‘Derecho dúctil, derecho incierto’ (trad. de M. Gascón), *Anuario de Filosofía del Derecho* 13 (1996), 111-123.

los rasgos que caracterizan la evolución de muchos de los ordenamientos jurídicos de las democracias contemporáneas: existencia de una Constitución rígida, institucionalización del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, la consideración del texto constitucional no sólo como un texto programático sino como un texto con fuerza vinculante (esto es, con capacidad de generar efectos jurídicos), y que conllevan un análisis más detallado de las peculiaridades de la interpretación constitucional.⁶ La preocupación de Comanducci porque algunos, à la Ferrajoli, sostengan la naturaleza normativa de tal teoría del derecho puede ser disipada. Tal naturaleza no resulta incompatible con los postulados del positivismo jurídico. Sólo viene a insistir en la necesidad de que dicha teoría jurídica tome en cuenta la estructura jerárquica de los sistemas constitucionales y analice los conceptos centrales de la teoría jurídica, como el concepto de validez, desde dicha perspectiva.

(5)

Según Comanducci, el neoconstitucionalismo no se limita a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. Por ello es una ideología. En este punto Comanducci lleva razón. Ahora bien, si se distingue adecuadamente la tarea descriptiva de la teoría jurídica, de la normativa de la filosofía política, que considera más adecuado a determinados criterios de justicia un sistema constitucional, no parece que haya en dicha valoración ningún mal, ni ninguna deficiencia teórica o epistemológica. Diré algo más sobre ello más adelante. Sin embargo, Comanducci añade (p. 100):

Dado que algunos de sus promotores (pienso por ejemplo en Alexy, Dworkin y Zagrebelsky) entienden que, en los ordenamientos democráticos y constitucionalizados contemporáneos, se produce una conexión necesaria entre derecho y moral, el neoconstitucionalismo ideológico se muestra proclive a entender que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a la Constitución. Y en este específico sentido, el neoconstitucionalismo puede ser considerado como una moderna variante del positivismo ideológico del siglo XIX, que predicaba la obligación moral de obedecer la ley.

Esta es una acusación más grave. Sin embargo, en mi opinión, una conclusión como esta no se deriva de la aceptación del neoconstitucionalismo. Un neoconstitucionalista bien puede defender que algunas de las disposiciones constitucionales violan algunos principios de la justicia e, incluso, que no deben ser obedecidas. Por ejemplo, yo mismo considero que la denegación del derecho de voto y las dificultades para obtener la nacionalidad a los inmigrantes en la mayoría de países democráticos de la Europa continental, constituyen una injusticia flagrante en el mundo en el que vivimos. Es más, y a pesar de la referencia de Comanducci, este tipo de ideología no ha sido sostenida por algunos de los mayores defensores del neoconstitucionalismo. En concreto, Ronald Dworkin, en el trabajo al que explícitamente se refiere Comanducci (p. 101), sostiene que el derecho es diferente de la moralidad y que la integridad jurídica previene a menudo al jurista de hallar en el derecho lo que él desearía que éste contuviera y añade:⁷

Yo no leo la Constitución como si contuviera todos los principios importantes del liberalismo político. En otros escritos, por ejemplo, he defendido una teoría de la justicia económica que requeriría una redistribución substancial de la riqueza en las sociedades políticas opulentas. Algunas constituciones nacionales intentan establecer un grado de igualdad económica como un

⁶ Vd. Riccardo Guastini, 'La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano', *Ragion Pratica*, 11 (1998): 185-206.

⁷ Ronald Dworkin, 'Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise', en *Freedom's Law* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996, 1-38), p. 36.

derecho constitucional, y algunos juristas americanos han arguido que nuestra Constitución puede ser comprendida como estableciéndolo. Pero yo no pienso de este modo, por el contrario, he insistido en que la integridad detendría cualquier intento de argumentar desde las cláusulas morales abstractas de la declaración de derechos, o desde cualquier otra parte de la constitución, hasta tal resultado. (notas al pie omitidas)

Es decir, una cosa es defender que, en muchos puntos, la Constitución remite a la argumentación moral y, en este sentido, el texto constitucional exige una lectura moral y otra cosa, muy distinta, es suponer que todas las obligaciones constitucionales son también obligaciones morales o que la Constitución no puede vulnerar la moralidad. Y si optamos por la primera opción, entonces la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral se mantiene.

A esta presentación del neoconstitucionalismo como ideología, Comanducci añade la siguiente crítica (p. 105): ‘la disminución del grado de certeza del derecho derivada de la técnica de ‘ponderación’ de los principios constitucionales y de la interpretación ‘moral’ de la constitución’. Creo que merece la pena destacar dos puntos que esta crítica presupone.

En primer lugar, y menos importante, esta crítica suena algo extraña en boca de un escéptico en materia interpretativa. Si la actividad interpretativa es siempre una actividad volitiva y no cognoscitiva, entonces la certeza es un ideal imposible en el derecho y el neoconstitucionalismo no sería más que una instancia de la falta de certeza general. Es posible, sin embargo, que Comanducci vea la cuestión de la falta de certeza como una cuestión de grado y, en este sentido, el neoconstitucionalismo agrave la de por sí inevitable indeterminación del derecho.⁸

En segundo lugar, y más importante, es preciso caer en la cuenta que esta es una crítica de naturaleza normativa, quiero decir, que lo que le parece erróneo a Comanducci son las consecuencias de adoptar una noción de interpretación constitucional como la que adopta Dworkin por ejemplo. Pero entonces la cuestión que debemos plantearnos es la de si la certeza del derecho es valiosa y las razones de este valor, para determinar si es de importancia suficiente para derrotar cualquier tipo de razón en su contra. Aunque Comanducci es más bien escéptico acerca de la naturaleza del discurso normativo de la filosofía moral y de la filosofía política, creo que convendrá conmigo en que parte de las razones de conferir valor a la certeza del derecho se hallan vinculadas con el valor que otorgamos a la autonomía personal. Una de las dimensiones de la autonomía personal reside en la capacidad de elegir y ejecutar los planes de vida de uno mismo y sólo leyes claras, precisas y cognoscibles permiten a las personas elegir y trazar sus planes de vida con garantías.⁹ Ahora bien, ¿hay razones para llevar el ideal ilustrado de la certeza hasta el extremo? Pienso que no. Y pienso de este modo, porque considero que la autonomía personal exige también dejar abierta la posibilidad de que los destinatarios de las normas argumenten a favor de la justificación de su conducta, cuando *prima facie* las vulneran. Para ello, las normas jurídicas deben, en muchas ocasiones, dejar abierta la posibilidad de que sus destinatarios acudan a las razones justificantes (que son de naturaleza moral) para explicar su comportamiento. Así operan, por ejemplo, las causas de justificación en derecho penal y, muy a menudo, los vicios del consentimiento en derecho privado. Un derecho penal sin causas de

⁸ Hay razones para pensar que el escepticismo interpretativo de Comanducci es moderado y que acepta que algunas veces las disposiciones jurídicas regulan de modo unívoco algunos comportamientos. Vd., por ejemplo, Paolo Comanducci, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo* (México: Fontamara, 1999), Presentación y cap. 1.

⁹ He desarrollado estas ideas previamente en José Juan Moreso, ‘Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)’, *Doxa* 24 (2001): 532-535.

justificación sería mucho más cierto, pero también mucho más injusto, vulneraría en mayor medida la autonomía personal. Es más conforme con la autonomía personal permitir la legítima defensa frente a las agresiones, aunque ello comporta entrar en un terreno menos cierto que el más claro de averiguar si alguien ha causado lesiones a otro, ahora debemos comprobar si el ejercicio de defensa era legítimo, esto es, si era proporcionado, si no medió provocación suficiente, etc. Un derecho privado sin vicios del consentimiento sería mucho más cierto, pero también mucho más injusto. Si los contratos no fueran nulos por error o por intimidación sería más claro (como en la *stipulatio* del derecho romano arcaico) cuando hemos contraído una obligación contractual, ahora hay que determinar, por ejemplo, la naturaleza del error, su relación con mi declaración de voluntad, etc. En resumen, para hacer honor a la autonomía personal, que es lo que otorga valor a la certeza del derecho, es preciso reservar un lugar para la argumentación moral, aunque ello sacrifique la certeza en alguna medida. En nuestro horizonte moral siempre existen valores en conflicto, como encajarlos sopesándolos es nuestra tarea como agentes morales. Por lo tanto, el hecho de que el proceso de constitucionalización disminuya, algunas veces, la certeza no ha de verse como algo necesariamente inadecuado, por el contrario, a menudo es el único modo de hacer de nuestro derecho un derecho más respetuoso con nuestra autonomía personal.

Comanducci añade a su defensa de la certeza que la creación de los principios constitucionales y su modo peculiar de aplicación, la ponderación, ‘a falta de una moral común, aumenta la discrecionalidad de los jueces, que pueden decidir los casos haciendo referencia a las propias, subjetivas, concepciones de la justicia, y también esto, naturalmente, aumenta la discrecionalidad de los jueces y la indeterminación *ex ante* del derecho’ (p. 107). Aunque es verdad que en la toma de decisiones en virtud de principios aumenta la discreción, debe apreciarse cuál es la alternativa. En mi opinión la alternativa es menor discreción judicial, pero decisiones más injustas –en el sentido de que violan en mayor medida la autonomía personal-, puesto que lo que permite precisamente la aplicación del derecho basada en principios, es la posibilidad de que los jueces acudan a las razones, morales, que justifican regular los casos de determinada manera. Pondré un ejemplo: es más cierto un sistema de derechos constitucionales que respeta siempre la libertad de prensa, que uno que considera que la libertad de prensa puede ceder, por ejemplo, frente al derecho a la intimidad. En este segundo caso, deben ponderarse ambos principios y averiguar cuál vence. Esto conduce inevitablemente al razonamiento moral, ahora bien es más justo un sistema constitucional de derechos que permita que la libertad de prensa ceda, algunas veces, frente al derecho a la intimidad, que no uno más cierto, donde la libertad de prensa nunca sea derrotada. Por otra parte, la extensión de la discreción judicial no debe ser exagerada. También en este ámbito existen casos claros, como Dworkin advierte: ‘La mayoría de casos en el derecho – incluso la mayoría de casos constitucionales- no son casos difíciles. Habitualmente la función judicial establece una respuesta que no deja lugar para la convicción moral de carácter personal.’¹⁰

(6)

Como Comanducci nos recuerda, el positivismo jurídico metodológico sostiene que es posible siempre identificar y describir el derecho como es, y distinguirlo del

¹⁰ Ronald Dworkin, ‘Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise’, *supra* nota 7, p. 11. He desarrollado más ampliamente una concepción de la ponderación entre principios que sigue estas líneas en José Juan Moreso, ‘Conflitti tra principi costituzionali’, *Ragion Pratica* 18 (2002): 201-221.

derecho como debe ser. De esta tesis se derivan dos corolarios: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la tesis de la no conexión necesaria entre el derecho y la moral. El neoconstitucionalismo, por el contrario y siempre según Comanducci, sostiene (al menos para situaciones de derecho constitucionalizado) la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral (p. 101). Esta tesis, que Comanducci ve como un síntoma de que el neoconstitucionalismo es una forma contemporánea de iusnaturalismo, puede ser comprendida de diversas formas: como una tesis referida a la identificación del derecho, como una tesis relativa al razonamiento jurídico y como una tesis referida al razonamiento práctico en general.

En primer lugar, tal tesis podría entenderse como afirmando que, en sistemas de derecho constitucionalizado, el derecho y la moral son necesariamente indistinguibles. Creo, sin embargo, que tal conclusión es evitable. Por una parte, ya hemos visto que ni siquiera Dworkin la sostiene, es decir, es posible que la Constitución se aparte de aquello que la moral exige. Por otra parte, es cierto que es un rasgo de nuestros sistemas constitucionales que regulan el comportamiento remitiendo a la moralidad, por ej., prohíben los tratos inhumanos y degradantes, y parece que determinar si un trato es degradante exige el recurso a la argumentación moral, o establecen catálogos de derechos cuyo contenido sólo puede determinarse con argumentos de moralidad política. Ahora bien, esto no comporta la aceptación de la conexión necesaria entre derecho y moral, puesto que la conexión es contingente, depende del hecho no necesario de que el texto constitucional regule de tal modo el comportamiento.¹¹

En segundo lugar, la tesis podría referirse más bien a la estructura del razonamiento jurídico: el razonamiento jurídico, en sistemas constitucionalizados, es una especie de razonamiento moral. Si esta tesis es entendida con las cautelas necesarias creo que es aceptable. Las cautelas son las siguientes: a) que se trate de sistemas constitucionalizados que remiten a la moralidad y b) el razonamiento jurídico es una especie de razonamiento moral sólo en aquellos fragmentos de razonamiento en los cuales el texto constitucional remite a la moralidad. Por ejemplo, la Constitución española (art. 68.1) establece que el Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 diputados, entonces para determinar la adecuación a la Constitución de una Ley Electoral que dispusiera las circunscripciones de forma que resultaran 405 Diputados, no sería necesaria ninguna argumentación moral, como es obvio.

Aparte de estas consideraciones a Comanducci parece preocuparle cómo puede fundarse una decisión jurídica en una norma moral. Analiza cuatro posibles candidatos: 1) una norma moral objetiva verdadera (en el sentido de que corresponde a 'hechos morales', 2) una norma moral objetiva racional (en el sentido de aceptable por parte de un auditorio racional), 3) una moral subjetivamente escogida y 4) una norma moral intersubjetivamente aceptada. (p. 109). Todas las posibilidades le parecen a Comanducci, por razones diversas, inadecuadas, porque al final dejan el asunto en manos de la conciencia individual del juez. Este parece de nuevo el argumento de la importancia de la certeza en el Derecho, no añadiré nada más a lo que antes dije al respecto. Pero si quiero hacer notar que para este punto (no para otros, en el último apartado me referiré a ello de nuevo), la cuestión de la objetividad de la moral es

¹¹ En otro lugar -José Juan Moreso, 'In Defense of Inclusive Legal Positivism' en Pierluigi Chiassoni (ed.), *The Legal Ought* (Torino: Giappichelli, 2001), pp. 37-64- he tratado de mostrar como estas tesis son compatibles con el positivismo jurídico, si bien es cierto que un tipo de positivismo conocido en la literatura reciente como 'inclusivo' o 'soft' y he reformulado, con arreglo a estas intuiciones, las tesis de las fuentes sociales del derecho y de la separación conceptual entre el derecho y la moral.

irrelevante.¹² Sea cual fuere la posición del juez acerca de la naturaleza de la moralidad, si es que tiene alguna posición (los jueces no suelen ser filósofos), lo que él hará es tratar de argumentar a favor de una interpretación del contenido de la moralidad en el punto controvertido (por ejemplo, si una determinada pena es degradante) que sea más razonable que las demás y el único control posible vendrá dado por la capacidad de ofrecer la mejor argumentación moral. Si aceptamos que los seres humanos somos agentes morales, no parece ésta la peor forma de control.

En tercer y último lugar, la tesis de la conexión necesaria puede ser interpretada en los siguientes términos: ‘La tesis neoconstitucionalista es que cualquier decisión jurídica, y en particular la decisión judicial, está justificada si deriva, en última instancia, de una norma moral’ (p. 108). Es cierto que esta tesis ha sido defendida, en los últimos años, por muchos autores cercanos al neoconstitucionalismo.¹³ Sin embargo, en mi opinión, esta es una tesis acerca del razonamiento práctico en general y su fortuna depende de las razones a favor y en contra de la unidad del razonamiento práctico.¹⁴ Aceptemos por hipótesis la tesis de la unidad del razonamiento práctico (incidentalmente, mi opinión es que se trata de una tesis plausible, pero no es este el lugar para discutirla), ¿qué consecuencias tiene tal tesis para la justificación de las decisiones jurídicas? En mi opinión, cuando hablamos de justificación de las decisiones jurídicas podemos estar refiriéndonos, al menos, a tres cosas distintas entre sí.

En primer lugar, podemos referirnos a la justificación *lógica*. Si aceptamos que existen relaciones de consecuencia lógica entre normas, entonces un razonamiento como el siguiente está *lógicamente* justificado:

- 1) El que no se levantara, al toque de corneta, a las 7 de la mañana, debe ser castigado a la pena de muerte
- 2) Ticio se quedó dormido el día d y no se levantó hasta las 10 de la mañana

Ticio debe ser castigado a la pena de muerte

Si la norma contenida en 1), es una norma jurídica aplicable según el sistema S, y si el contenido proposicional de 2) es verdadero,¹⁵ entonces la conclusión está *jurídicamente* justificada con arreglo al sistema jurídico S. Este es el segundo sentido de justificación, la justificación *jurídica*.

Dado que esta decisión tiene relevancia moral (afecta de manera central al bienestar de Ticio), podemos también interrogarnos si esta decisión está justificada *moralmente*. Es más, dado que por hipótesis hemos aceptado la tesis de la unidad del

¹² Vd. Jeremy Waldron, ‘The Irrelevance of Moral Objectivity’ en R.P. George (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays* (Oxford: Oxford University Press, 1992), pp. 158-187. Una crítica detallada de la tesis de Waldron puede hallarse en John Tasioulas, ‘The Legal Relevance of Ethical Objectivity’, *The American Journal of Jurisprudence* 47 (2002). 211-254 y Dale Smith, ‘The Use of Meta-Ethics in Adjudication’, *Oxford Journal of Legal Studies* 23 (2003): 25-47.

¹³ Valgan por todos Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, (Barcelona: Gedisa, 1997) y Carlos S. Nino, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho* (Barcelona: Ariel, 1994) y un buen resumen con los argumentos a favor y en contra, Juan Carlos Bayón, ‘Deber jurídico’ en E. Garzón Valdés, F.J. Laporta (eds.), *El derecho y la justicia. Vol. 11. Enciclopedia iberoamericana de filosofía* (Madrid: Trotta-CSIC-BOE, 1996), pp. 313-332.

¹⁴ Dudas sobre la tesis de la unidad del razonamiento práctico pueden verse en M. Cristina Redondo, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996), cap. VI y una defensa de la tesis de la unidad en Juan Carlos Bayón, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), cap. 7.

¹⁵ En honor a la verdad, para que el decisor esté justificado jurídicamente tal vez sea excesivo exigir la verdad de la proposición fáctica y habría que conformarse con algo como su *aceptabilidad*. Agradezco a Jordi Ferrer que me hizo prestar atención a este punto.

razonamiento práctico, es inevitable que el aplicador de 1) –si es racional- tome en cuenta si su decisión está justificada en este último sentido. Supongamos que, como yo, piensa que se trata de una norma aberrante desde el punto de vista moral, entonces la decisión de castigar a Ticio a la pena de muerte no está justificada moralmente. Es más, si el aplicador es un agente moral racional, *ceteris paribus*, no debe tomar esa decisión. Esto es todo lo que la tesis de la conexión justificativa requiere. No veo porqué ha de ser esta una tesis controvertida, ni patrimonio exclusivo de los neoconstitucionalistas. Creo que es una tesis de filosofía moral, bien fundada si la unidad del razonamiento práctico se mantiene. Esto es, la tesis de la conexión justificativa, aceptada la tesis de la unidad, deviene una tesis bastante inocua: dado que los jueces son agentes morales, cuando toman decisiones que afectan al bienestar de terceros (lo que ocurre virtualmente siempre en las decisiones judiciales) deben (un deber moral) fundarlas en normas morales.

(8)

Ahora queda la importante cuestión de cuáles son las relaciones entre la justificación jurídica y la justificación moral, de cuál es el lugar de las normas jurídicas en el razonamiento moral. La respuesta es, en apariencia, simple: a veces las normas jurídicas son conformes con la moral (o, al menos, no están en contra de ella) y entonces hay la obligación moral de obedecerlas. Otras veces, por el contrario, las normas jurídicas imponen deberes contrarios a los deberes morales y entonces no hay la obligación moral de obedecerlas. Lo que parece perfectamente compatible con el iuspositivismo metodológico. Sin embargo, la cuestión que el neoconstitucionalismo se plantea tal vez sea distinta: ¿cuál ha de ser el lugar de las normas jurídicas en el razonamiento práctico? O bien ¿cómo ha de ser nuestro diseño institucional para que las normas jurídicas ocupen el lugar adecuado en la estructura básica de las instituciones de una sociedad justa? Obviamente, esto se convierte en una cuestión de filosofía política. Pero, los fundamentos del neoconstitucionalismo son fundamentos filosófico-políticos, quiero decir, normativos. Creo que la respuesta a estos interrogantes puede venir dada por una estrategia que siga lo que John Rawls denomina la secuencia en cuatro etapas de un diseño institucional justo.¹⁶ La primera etapa consiste en la posición original en la que se eligen los dos principios de la justicia, que serían principios de la razón práctica dotados de autoridad. La segunda etapa estipula las normas constitucionales que aseguran el principio de igual libertad para todos. La tercera etapa tiene como objetivo el establecimiento de las reglas legislativas de acuerdo con los principios de justicia -respetados los derechos atrincherados en la segunda etapa, las decisiones deben adecuarse al principio de la diferencia-. La cuarta etapa es la de la aplicación de las reglas generales a los casos individuales por parte de los órganos de aplicación. Cada una de estas etapas presupone un progresivo levantamiento del velo de la ignorancia que, por una parte, permite articular las normas adecuadas para cada sociedad en concreto y, por otra, permite hacerlo de forma justa, puesto que en todas las etapas deben respetarse los principios de justicia.

Deseo acabar con dos comentarios referidos a la secuencia en cuatro etapas rawlsiana que creo tienen relevancia para nuestra comprensión del neoconstitucionalismo. En primer lugar, en la secuencia rawlsiana el diseño constitucional no está suspendido en el vacío, sino que su fortuna depende de la adecuación con el primer principio (el principio de las libertades) establecido en la

¹⁶ Vd. John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge; Mass.: Harvard University Press, 1971), pp. 195-201.

primera etapa, la etapa de la posición originaria. En este sentido, el diseño constitucional presupone el objetivismo moral (de carácter constructivista en el caso de Rawls).¹⁷ Creo que es importante apreciar que sólo una posición objetivista en materia moral puede justificar que se elija un catálogo de derechos y no otro. En segundo lugar, en la secuencia en cuatro etapas siempre es posible recurrir a la argumentación moral, porque en todas las etapas es posible remontarse hasta los principios de justicia establecidos en la posición originaria. Es obvio que las decisiones judiciales deben establecer los derechos y deberes jurídicos de los ciudadanos de forma clara y precisa, de forma que podamos identificarlos sin necesidad de recurrir a la argumentación moral ('X debe ser castigado a n años de prisión, Y debe pagar a Z 1500 euros, etc.). Pero la justificación de dichas decisiones debe remitir a la tercera etapa, la etapa legislativa, siempre; algunas veces a la segunda, la etapa constitucional, y en ocasiones será inevitable acudir a la primera, la etapa en la que se establecen los principios de la justicia. Por esta razón, es un rasgo importante del neoconstitucionalismo que en los sistemas constitucionales, algunas veces, el razonamiento jurídico es una especie de razonamiento moral. Para ser más precisos, tomando una idea de Rawls,¹⁸ en lo que puede denominarse la *teoría ideal*, es decir, aquella situación en la que todos cumplen lo prescrito en la secuencia de cuatro etapas y, por lo tanto, los principios de justicia no son vulnerados; el razonamiento jurídico es *siempre* una especie de razonamiento moral, aunque a menudo sea un razonamiento moral entimemático, esto es, la referencia a los principios de la justicia es omitida. Como es obvio, en la *teoría no-ideal*, la más adecuada para las situaciones reales, las cosas no son lamentablemente siempre de este modo y es preciso diseñar mecanismos institucionales para remediar estos defectos.

¹⁷ Lo que quiero decir es que mientras en el interior de la práctica jurídica la cuestión de la objetividad moral es irrelevante en el sentido de que, con independencia de cuál sea la posición metaética de los participantes (si tienen alguna), sus posiciones sustantivas habrán de ser argüidas del mismo modo; la mejor explicación de dicha práctica institucional en un modelo como el constitucionalista ha de descansar en el objetivismo moral. Debo a una observación de Bruno Celano la necesidad de aclarar este punto, que por otra parte precisarí de un desarrollo que no puedo proporcionar aquí.

¹⁸ Vd., por ejemplo, John Rawls, *Justice as Fairness. A Restatement* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001), p. 13.