

EL NEOCONSTITUCIONALISMO A DEBATE: ENTRE LA PRINCIPIOLOGÍA Y LA ARBITRARIEDAD

DEBATING NEO-CONSTITUTIONALISM: BETWEEN PRINCIPLES AND ARBITRARINESS

*Nuria Belloso Martín**

RESUMEN: la evolución del Estado legalista a un modelo de Estado constitucional ha propiciado una relectura del texto constitucional en clave neoconstitucional. La teoría del neoconstitucionalismo abre algunos interrogantes que serán objeto de análisis tales como el enfoque del neoconstitucionalismo (enfoque estándar o principialista y enfoque positivista o garantista), el concepto y los argumentos a favor y en contra de esta corriente. La autora analizará los principales elementos de discusión en el neoconstitucionalismo, prestando especial atención a tres cuestiones controvertidas. En primer lugar, la conexión de la moral y el Derecho; en segundo lugar, el equilibrio de poderes entre legisladores y jueces y, por último, si la doctrina principiológica da lugar a una mayor grado de justicia o si, por el contrario, acaba desembocando en un sistema arbitrario. Por último, se advertirá el peligro de que un neoconstitucionalismo llevado al extremo puede acabar desembocando en un constitucionalismo ético.

PALABRAS CLAVE: Arbitrariedad. Constitucionalismo ético. Neoconstitucionalismo. Poder judicial. Principiología.

ABSTRACT: The evolution from a legalist State model to a constitutional one has led to a re-reading of the constitutional text in a neo-constitutional context. The neo-constitutionalist theory opens some questions that will be analyzed, such as the neo-constitutionalist approach (standard, with a principle-based focus, and guarantor, with a positivist bias), the concept and the arguments for and against such trend. The author will analyze the main elements of discussion on neo-constitutionalism, paying particular attention to three controversial issues. Firstly, the connection between moral and law; secondly, the power balance between legislators and judges, and thirdly, if the principle-based doctrine involves a greater degree of justice, or, quite the opposite, is just leading to an arbitrary system. Finally, the author makes a warning, pointing how the neo-constitutionalism, in its extreme, may turn into an ethical constitutionalism.

KEYWORDS: Arbitrariness. Ethical constitutionalism. Judiciary. Neo-constitutionalism. Principle-based theory.

SUMARIO: 1 Del Estado de Derecho al Estado constitucional. 2 Tensión entre constitucionalismo y democracia. 3 Versiones y dimensiones del neoconstitucionalismo. 4 Concepto del neoconstitucionalismo. 5 Objeciones al neoconstitucionalismo. 6 Principales elementos de discusión en el neoconstitucionalismo. 7 El peligro de la deriva hacia un neoconstitucionalismo ético.

* Catedrática acreditada de Filosofía del Derecho - Universidad de Burgos (España).

1 DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL

Las concepciones del Derecho, a lo largo de la historia, han sido variadas: iusnaturalismo jurídico, formalismo jurídico, positivismo normativista, realismo jurídico, escepticismo jurídico y tantas otras. En la actualidad ha cobrado fuerza el constitucionalismo o post-positivismo (ATIENZA, 2013), denominada por algunos autores preferentemente como *neoconstitucionalismo*, en buena medida derivada del proceso de evolución del Estado legislativo al Estado constitucional.

Desde la década de los setenta algunos constitucionalistas germanos (v. g., P. Habërle, M. Kriele) iniciaron un proceso de decantación terminológica desde la expresión tradicional de *Estado de Derecho* a la de *Estado constitucional*. También en la doctrina jurídica italiana (v. g., S. Rodotà, G. Zagrebelsky) se percibe esta tendencia de remplazar el término *Stato di diritto* por el de *Stato costituzionale*. En la doctrina anglosajona no se observa esta tendencia de sustituir el concepto de *Rule of Law* por el de *Constitutional*, tal vez por las propias peculiaridades del sistema del *Common Law*. En la doctrina española los términos *Estado de derecho* y *Estado constitucional* han sido utilizados de forma indistinta, posiblemente porque nuestra Constitución es bastante más reciente que la alemana, la italiana u otras Constituciones europeas, que ya contaban con una tradición de mayor peso en cuanto a la fórmula de Estado de derecho.

Sin embargo, también en nuestra doctrina pueden apreciarse tesis que han recogido el nuevo significado del Estado constitucional en relación al Estado de derecho (v. g., M. García Pelayo, F. Rubio Llorente). En opinión de A. E. Pérez Luño (2006), la decantación terminológica desde el Estado de derecho al Estado constitucional puede considerarse el reflejo de un triple desplazamiento que puede observarse en los ordenamientos jurídicos de los sistemas democráticos, evolución que puede resumirse en así. En primer lugar, el desplazamiento desde la primacía de la ley a la reserva de la Constitución; en segundo lugar, el desplazamiento desde la reserva de ley a la reserva de la Constitución; y, en tercer lugar, el desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad.

Tales Constituciones democráticas han terminado por caracterizarse, casi universalmente, por contener una declaración de derechos que opera como límite al poder político jurídicamente organizado por aquéllas y que suelen disponer además de dos mecanismos de garantía adicionales como son la exigencia de mayorías cualificadas y otros requisitos especiales para la reforma de la propia Constitución y la previsión de alguna forma

de control judicial de la constitucionalidad de las leyes. A ese entramado jurídico, que presupone una serie de conceptos previos como el del imperio de la ley, el Estado de Derecho o los derechos individuales mismos es al que hoy se le denomina *democracia constitucional* (RUIZ MIGUEL, 2008, p. 235).

La transición del Estado de Derecho al Estado constitucional no ha sido siempre pacífica. Algunos autores han considerado que la fórmula Estado constitucional era una categoría distinta e incluso contrapuesta a la noción de Estado de Derecho. Otros autores sin embargo, han optado por defender un nexo de continuidad entre ambas formas de Estado, llegando a sostener la fórmula *Estado de derecho y constitucional*.

Frente a estas diversas posiciones, nos adherimos a la opinión de Pérez Luño (2010, p. 448) cuando afirma que,

Frente a esta disyuntiva, entiendo que la relación entre el Estado de derecho y el Estado constitucional no es la de una *oposición externa* entre dos tipos diferentes o incompatibles de Estado sino la *decantación interna* de la propia trayectoria evolutiva del Estado de derecho.

En esta línea de opinión, García Pelayo (1991, p. 3029) afirma que: “(...) el Estado constitucional de derecho no anula, sino que perfecciona al Estado legal de derecho”. Ese perfeccionamiento se opera a través del protagonismo incuestionable que asume en el Estado constitucional el funcionamiento de la jurisdicción constitucional, que garantiza la plena normatividad y el carácter justiciable de la Constitución, la sumisión a la Constitución de los actos de los poderes públicos y resuelve los conflictos entre órganos estatales.

El Estado constitucional no es sólo aquel que consagra la primacía de la Constitución, la reserva de la Constitución y el protagonismo de la jurisdicción constitucional, sino que es el marco jurídico-político de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, derechos que no pueden quedar anclados en una mera formulación positivista sin consecuencias. Los principios, los valores, el sentido teleológico de los derechos fundamentales deben servir de guía para que los poderes públicos implementen las políticas públicas necesarias para que los derechos fundamentales, principalmente los sociales, sean una realidad. La igualdad, como principio, como valor y como derecho puede funcionar como directriz norteadora de esta empresa.

No han faltado las réplicas a este protagonismo de la Constitución, como las de Ferrajoli (2010) y Dworkin (1986), recomendando *menos Constitución* o *Constituciones más débiles*. Objetan que la Constitución dice demasiado y con ello se limita el margen de la

acción democrática y objetan también que la Constitución dice cosas de modo tan impreciso que se fomenta la discrecionalidad judicial.

El Estado constitucional contemporáneo sostiene: (1) la supremacía de la Constitución sobre la ley ordinaria y, por tanto, (2) la subordinación de la voluntad legislativa al contenido de la justicia constitucionalmente prevista. (3) La capacidad permeable del texto constitucional, lleno de principios y de valores, se expande por todo el ordenamiento jurídico y determina su constitucionalización. A ello hay que sumar (4) la aplicación directa de la Constitución a las relaciones privadas, lo que implica (5) la imposición de obediencia directa a los ciudadanos, y no solamente a los órganos del Estado. Quienes defienden la prevalencia de una concepción material (un orden objetivo de valores) sobre una concepción formal de la Constitución, consideran la Constitución como una prefiguración ideal y permanente de los *mundos jurídicamente posibles* (GARCÍA AMADO, 2004, p. 70-1):

(...) las interpretaciones posibles de los enunciados constitucionales vienen acotadas en una doble dirección: no cabe atribuirles cualquier significado posible dentro del marco de su indeterminación, pues hay cosas que la Constitución no puede significar aunque parezca decir las; y cabe atribuir significados que no estén expresados de modo manifiesto o semánticamente posible en ningún enunciado, pues la Constitución sería lo que dice (o parte de lo que dice), más lo que calla pero está presente en su evidencia última. Según los casos, la axiología o la política (pero siempre la metafísica) reemplazan a la semántica. Lo indeterminado (por ejemplo el «valor superior» justicia) se convierte en determinado, por imperativo material, y lo lingüísticamente determinado puede resultar erróneo y necesitado de corrección por su no correspondencia con la realidad (metafísica). Y los guardianes de la Constitución son guardianes del orden debido, que puede no coincidir con el orden expresamente estipulado.

El cuadro institucional en el que se inserta el neoconstitucionalismo es el de la democracias constitucionales, que se caracterizan por la positivación de una Constitución larga y densa, que comprende, junto a las reglas de organización del poder, también un catálogo, más o menos extenso, de derechos fundamentales.

Este modelo neoconstitucionalista parte de constatar que las Constituciones posteriores a la segunda guerra mundial se caracterizan por contemplar un gran número de principios y derechos fundamentales. De ahí que el positivismo jurídico no resulte adecuado para describirlas, dado que estaríamos remontándonos al Estado de derecho del ochocientos, con la supremacía de la ley ordinaria en el sistema de fuentes y la supremacía de la voluntad del legislador sobre la justicia. En definitiva, al gobierno de los hombres en lugar del gobierno del Derecho.

En América Latina se recibió con entusiasmo la democracia pensando que, al igual que Europa, era hora de transitar de un Estado legislativo a un Estado constitucional de

derecho. Sin embargo, en países como Venezuela, Bolivia, Ecuador y Nicaragua, venimos asistiendo a la recuperación de un conjunto de poderes especiales. Como subraya Zaffaroni (2004), en lugar de evolucionar hacia un Estado legal de Derecho parecen involucionar a un Estado *decretal* de derecho. Por tanto, la evolución a un Estado constitucional, aunque se cuente con texto constitucional, no garantiza por sí sola el haber consolidado el tránsito del Estado legal al constitucional.

2 TENSION ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA

Las Constituciones contemporáneas han acogido un gran número de principios éticos, positivizándolos en sus disposiciones. Se trata de principios que condicionan la actividad legislativa y la validez de las normas del sistema. Simultáneamente, el Derecho constitucional contemporáneo funciona como una especie de laboratorio donde las nuevas teorías antipositivistas intentan demostrar la incapacidad teórica del viejo positivismo jurídico con relación a la comprensión de la estructura y de la esencia misma de los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

Se podrá observar que los antipositivistas intentan utilizar algunas argucias para demostrar los equívocos del positivismo o tesis comúnmente consideradas positivistas pero que cualquier positivista actual no sostendría. Como acertadamente ha planteado G. Pino (1998, p. 204), el gran interrogante al que se intenta responder es el de si resulta inevitable que las perspectivas teóricas abiertas por la estructura del Estado constitucional terminen por decretar la muerte del positivismo jurídico o, si por el contrario, los iuspositivistas mismos pueden participar fecundamente en el nuevo debate.

En definitiva, las novedades del constitucionalismo se proyectan sustancialmente en tres aspectos: las fuentes del derecho, el problema de la interpretación y – como acertadamente apunta L. Prieto (2013) – el hecho de que el constitucionalismo alienta una ciencia jurídica *comprometida* que pone en cuestión la separación entre derecho y moral.

Sin embargo, como advierte Prieto Sanchís, entre el ideal constitucionalista y el ideal democrático se advierte una difícil tensión. Las relaciones recíprocas entre ley y Constitución podrían ser descritas adecuadamente mediante la metáfora del *flujo y reflujo de las mareas*, de forma tal que el avance de la ley implique el retroceso de la Constitución y el incremento del protagonismo de la Constitución suponga de algún modo la bajamar de la ley (LAPORTA, 2007).

Laporta (2007, p. 221) apunta que el *constitucionalismo* incluye al menos dos grandes ideas que hay que diferenciar. La primera es la que hace relación a la estructura jerarquizada del ordenamiento, y es la “exigencia de que por encima de las leyes emanadas del poder legislativo se sitúe un texto jurídico que tenga primacía sobre ellas, es decir, que sea jerárquicamente superior a las leyes, y al que se llama comúnmente Constitución”. La segunda, es la idea que postula que esa primacía de la Constitución sobre la ley ha de garantizarse recurriendo a procedimientos judiciales y debe llevarse a cabo por órganos del poder judicial. Su atención se dirige a la primera acepción, lo que le permite formular la primera forma de la objeción democrática a la Constitución: supuesto que exista un órgano legislativo que represente fielmente a la mayoría de los ciudadanos y su pluralidad de opiniones y convicciones, y que tome sus decisiones mediante la regla de la mayoría, ¿cuál puede ser la razón que justifique la existencia de un texto constitucional que se superponga a ese órgano y limite sus competencias legislativas dificultando o excluyendo de sus deliberaciones y decisiones determinadas materias? Y subraya Laporta, “si un sistema político es democrático, entonces no admite la limitación constitucional, y si es constitucional no admite la decisión democrática sobre algunas materias importantes”.

En efecto, casi todas las Constituciones actuales presentan dos rasgos característicos: en primer lugar, son vehículo de normas que acuerdan ciertas limitaciones a la agenda de los poderes legislativos; y, en segundo lugar, documentos dotados de un grado mayor o menor de rigidez. Con estos dos rasgos se superponen a los órganos legislativos, dando lugar a la *primacía de la Constitución* (LAPORTA, 2007, p.221).

Y con todo ello desembocamos en el interrogante de *cuál es la razón para imponer pautas externas a las mayorías políticas democráticas*. Porque no son pocas las ocasiones en las que un grupo de jueces no elegidos democráticamente, acaban imponiendo sobre el órgano legislativo una decisión o una limitación – lo que tradicionalmente se ha entendido como *objeción contramayoritaria* – (LAPORTA, 2007, p.222).

Se lamenta Laporta (ibid., loc. cit.) de la “frecuente autocomplacencia practicada por muchos juristas neoconstitucionales de situar todos los valores que defendemos al lado de la Constitución”. Subraya que, a veces, las Constituciones son oportunistas porque *blindan* asuntos que no desean que los trate el legislador. No siempre el momento constituyente es de imparcialidad inspirado por el interés general. A veces, lo que se pretende realmente es *atrincherar* ciertos temas porque el momento constituyente ha sido aprovechado por ciertas fuerzas para introducir en el texto constitucional la garantía rígida de sus intereses, aprovechando situaciones de turbulencia política (LAPORTA, 2007).

Ferrajoli (2007, p. 87) considera que la rigidez no es una garantía constitucional sino una característica estructural o esencial al propio concepto de la Constitución, por lo que da la vuelta al conocido argumento mayoritarista que reprocha a la rigidez “atar las manos de las generaciones futuras”, escribiendo que, más bien es al revés, la rigidez sirve para atar las manos de las generaciones del presente para evitar que amputen las suyas a las del futuro.

Es frecuente comparar metafóricamente el acto constituyente por el que una colectividad se impone a sí misma no adoptar en el futuro determinadas decisiones – las que se prohíben en la Constitución – con la imagen de Ulises encadenado para no hacer seducido por el canto de las sirenas (ELSTER, 1989). Laporta alude a la teoría que ve la Constitución como un *precompromiso* del tipo Ulises. Así, algunas versiones han considerado que la idea de vinculación constitucional de futuro podría explicarse acudiendo a la racionalidad que exhibe Ulises al ordenar que le aten al mástil de la nave y prohibir que le desaten previendo que el canto de las sirenas le haría débil de voluntad. Sin embargo, Laporta considera que apelar a esto como una justificación de la rigidez constitucional y su vinculación de futuro es poco convincente por tres razones: En primer lugar, porque Ulises es la misma persona en ambos momentos, es decir, que el Ulises de hoy decide sobre sí mismo, sobre el Ulises de mañana.

En el mecanismo constitucional de la vinculación hacia el futuro, por el contrario, nos encontramos que quienes ordenan la vinculación no son generalmente los mismos que la van a sufrir. No es pues un Pedro (el sobrio) previendo los excesos futuros del mismo Pedro (pero ahora el borracho) – como afirmaba Hayek; En segundo lugar, porque Ulises, en el momento en que decide atarse, se nos aparece como un Ulises lúcido, frío que está pensando en un futuro Ulises perturbado, dominado por las pasiones. Llevado esto a los términos constitucionales, ello querría decir que los individuos de la generación constituyente se suponen sobrios, es decir, lúcidos; y los individuos de las generaciones sucesivas, se suponen borrachos, es decir, pasionales y débiles de voluntad, capaces por lo tanto de tomar decisiones irracionales con las que se perjudiquen a sí mismos. Todo lo cual pone de manifiesto una desconfianza hacia las mayorías democráticas del futuro que expresa un cierto paternalismo. En tercer y último lugar, porque no está probada esa presunta lucidez del constituyente sino que muchas veces, lo que hay en las Constituciones, son tomas interesadas de posición o defensa de privilegios. El contenido de lo que se protege no es lo racional frente a las pasiones sino que, muchas veces, es la contrario, lo pasional e interesado de los constituyentes que se blindan frente a la racionalidad de las futuras generaciones democráticas (LAPORTA, 2007).

La Constitución, por tanto, parece tener como contenido más característico el de proteger las incursiones de la mayoría en el ámbito de un “coto vedado” – como señalaba E. Garzón Valdés (1989, p. 143), que está compuesto básicamente por derechos fundamentales y por aquellos mecanismos institucionales que pueden ser condición para la garantía de esos derechos fundamentales. Y es precisamente aquí donde algunos apuntan la gran fractura entre *democracia y constitucionalismo*: ¿Por qué hurtamos a la decisión democrática las cuestiones constitucionales relativas a derechos? ¿Es legítimo *atrincherar* ciertos derechos frente a la reflexión y la decisión de ese mismo individuo al que se los reconocemos? Parece que el propio *coto vedado* es la negación de la capacidad de cada individuo de reflexionar y decidir sobre el propio *coto vedado*, y ello supone tratarle como un menor o un incompetente. Pero, si es un menor o un incompetente, ¿Por qué le atribuimos los derechos del *coto vedado*? (...) Haciendo más amplia la pregunta: ¿Hay algunas materias que merezcan el atrincheramiento o la protección constitucional *antidemocrática*?

Elías Díaz (1990, p. 27) ya se ha pronunciado en este sentido:

La justicia material de la Constitución, que, en mi opinión, incluye la regla genérica procedimental (es decir, los valores superiores incluyen la libertad democrática), constituye un límite objetivo insalvable –y así debe ser– para la decisión procedimental de mayorías concretas que no se adapten en sus decisiones jurídicas y políticas a la norma constitucional.

Como subraya Prieto Sanchís (2013), aquí reside el desafío fundamental del neoconstitucionalismo al viejo Estado legislativo de Derecho: no tanto en que exista una Constitución que vertebré la organización política, ni tampoco la existencia de un Tribunal Constitucional que controle la regularidad formal del ejercicio de los poderes públicos, sino más bien en el amplio abanico de principios sustantivos y de derechos a disposición de la jurisdicción ordinaria para ser utilizados en cualquier clase de proceso, y no ya solo en el recurso abstracto de inconstitucionalidad.

No se trata sólo de la petrificación del ordenamiento en torno a la Constitución, sino de algo que en el fondo se considera más alarmante: la derrota del Estado legislativo (democrático) a manos del Estado jurisdiccional (elitista o aristocrático); la Constitución marco que permitía el juego de las mayorías en sede legislativa vendría a ser suplantada por una Constitución dirigente donde, por su alto grado de indeterminación, terminan siendo los jueces quienes tienen la última palabra en todos los asuntos (PRIETO SANCHÍS, 1997). Pero es que la Constitución carece del carácter cerrado y concluyente que suelen tener las leyes. Por ejemplo, igual que estimula medidas de igualdad sustancial, garantiza también la igualdad jurídica o formal.

García Amado (1999, p. 66-7) advierte del equívoco uso que a veces se hace del término *constitucionalismo* con la intención, más bien, de oponerlo al *positivismo*:

Según el constitucionalismo, el juez está sometido a la ley pero también y sobre todo, a la Constitución; que la parte central y definitoria de la Constitución es aquella en que se recogen valores superiores del ordenamiento jurídico constitucional – como sucede en el artículo 1 de la Constitución española – CE –; que por consiguiente, la interpretación judicial del derecho ha de estar prioritariamente guiada por tales valores; y que en definitiva, cuando el sentido claro o evidente del texto legal o de la voluntad legislativa choque con dichos valores, el juez podrá y deberá interpretar y decidir *contra legem*, decisión que estaría justificada por ser *pro constitutionem*, es decir, favorable a los valores constitucionales.

3 VERSIONES Y DIMENSIONES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

El neoconstitucionalismo no es una corriente homogénea. Es más, lo correcto sería referirse a neoconstitucionalismo en plural ya que esta corriente acaba acogiendo dimensiones variadas. Prieto Sanchís reconoce que esto puede ser un defecto pero también puede entrañar una virtud en la medida en que el neoconstitucionalismo tiende a convertirse en una nueva cultura jurídico-política que se encuentra en toda clase de debates: en los debates de filosofía política acerca del mejor modo de organizar las instituciones democráticas; en los conceptuales acerca de qué se debe entender por Derecho y de cómo explicar su relación con la moral; en los metateóricos, sobre la función de la ciencia jurídica, en los teóricos relativos a la naturaleza de las normas y de su interpretación (PRIETO SANCHÍS, 2010). Vamos a prestar atención a dos versiones del neoconstitucionales: la estándar o principialista y la positivista o garantista.

La primera de las versiones, la principialista o argumentativa, tiene una tendencia al iusnaturalismo y se caracteriza por defender la tesis de la conexión entre el Derecho y la moral, la contraposición fuerte entre principios y reglas y el papel central de la ponderación en la jurisdicción. Se va a nutrir de los siguientes presupuestos:

1) El *Post-Positivismo*: el paradigma neoconstitucional centra su foco de atención no en la mera descripción de la organización del poder o de cómo funciona el derecho positivo en este contexto, sino que constituye un modelo ideal – axiológico-normativo del derecho – al cual debería tender el derecho positivo. Este nuevo modelo modifica (y supera) el método de análisis del positivismo, pues frente al distanciamiento (o reivindicación del punto de vista externo), la neutralidad o la mera función descriptiva, se opone un modelo en el cual las principales características son la del compromiso (o la adopción del punto de vista interno), la ineludible intervención de los juicios de valor en el análisis del derecho y la prioridad del

carácter práctico de la ciencia jurídica. Como acertadamente subraya S. Pozzolo (2003, p. 192-3), de la Escuela genovesa:

El Derecho de Estado Constitucional, formado (también y sobre todo) por principios, no resultaría apto para la aproximación ‘rígida’ y poco ‘dúctil’ del método iuspositivista, que acabaría por no prestar atención a las exigencias de justicia (sustancial y no meramente formal) que la realidad práctica del derecho lleva en sí misma.

2) El *juicio de ponderación*: el neoconstitucionalismo propugna que en la resolución de los llamados *hard cases* (casos difíciles) en los cuales si no se encuentra la solución del caso en ninguna de las reglas establecidas, el juez, en esta tarea de búsqueda de la respuesta correcta, deberá sopesar los argumentos, es decir, recurrirá a la ponderación. La exigencia de ponderación entre los principios constitucionales, revela la insuficiencia de los criterios tradicionales para resolver las antinomias normativas (jerárquico, cronológico, especialidad), todo ello porque “las Constituciones actuales son documentos con un fuerte contenido material de principios y derechos sustantivos que no responden a un esquema homogéneo y cerrado de moralidad y filosofía política” (PRIETO SANCHÍS, 2013, p. 188).

3) La *especificidad interpretativa*: el neoconstitucionalismo sustenta la tesis de que existe una especificidad de interpretación constitucional en relación a los demás materiales normativos. Es una consecuencia de adoptar el modelo *prescriptivo* de la Constitución, concebida como una norma. El lenguaje constitucional, por ejemplo, no se puede interpretar con los instrumentos que normalmente se utilizan para interpretar el derecho infraconstitucional.

4) *Concepción no-positivista del derecho*: los principios jurídicamente válidos van más allá del concepto positivista del derecho en la medida en que, estructuralmente, elevan la obligación jurídica a la realización aproximada de un ideal moral. Por ello, el neoconstitucionalismo atribuye, a las Constituciones actuales, además de una fuerza formal de validez, una densidad material normativa, la cual, a su vez, llevará el concepto del derecho a una dimensión o ámbito de fundamentación que cualifica la validez de las normas jurídicas desde un grado mínimo de justificación ética.

En definitiva, como principales elementos de la versión estándar de la teoría neoconstitucionalista de los derechos, Prieto Sanchís (2013) los resume en Constitución sustantiva pero pluralista, conflictivismo, principios, ponderación, derrotabilidad, unidad de solución correcta o, al menos, discrecionalidad mediada por una depurada argumentación racional. La segunda de las versiones, normativista o garantista, que es la que defiende Ferrajoli, niega estas tres tesis. Es un tipo de perfeccionamiento del positivismo jurídico. La

obra *Principia Iuris*, de Ferrajoli (2007), constituye el referente para comprender su posición. El propio Ferrajoli (2007, p. 7 e p. 10) ya desde el prefacio, adelanta la finalidad que persigue con su teoría: “la redefinición del paradigma teórico y normativo de las modernas democracias constitucionales”. El paradigma garantista es el que presenta la otra cara del constitucionalismo, el que se encarga de “formular las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos reconocidos constitucionalmente” (FERRAJOLI, 2002, p. 16).

Como sabemos, las dos grandes categorías ideales de Constituciones, las formales o procedimentales y las materiales o sustantivas, no se encuentran en estado puro. Aunque sean muy formales, han de incorporar algunos preceptos sustantivos; y, por muy materiales que sean, la acción del legislador será siempre necesaria porque no podrá descender hasta los últimos detalles de la regulación. Prieto Sanchís (2013) advierte que, aunque no puedan encontrarse en estado puro estos dos modelos de Constituciones, todas se aproximan a uno u otro modelo y las designa con un nombre: constituciones Kelsen y Constituciones Ferrajoli. Modelo Kelsen porque, aun tomándose muy en serio la fuerza normativa de la Constitución, encontró grandes dificultades para incorporar al texto principios o derechos, es decir, límites materiales a la acción del legislador. Por su parte, Ferrajoli, tomándose muy en serio la democracia parlamentaria, ha construido un modelo denso de constitución normativa (ibid., p.69):

Este es el núcleo del paradigma del constitucionalismo moderno: la regulación no sólo del *quién* y del *cómo* se manda, sino también de *qué* puede o debe mandarse; no sólo normas de competencia y procedimiento, condicionantes de la vigencia de la ley, sino también normas sustantivas condicionantes de su validez.

En la fórmula garantista, el respeto por las reglas de la democracia, es decir, por las formas y procedimientos de producción democrática de las leyes es una condición necesaria para asegurar la vigencia o validez formal, pero no la validez sustancial de las decisiones. La tensión entre democracia y derechos encuentra su reflejo en la distinción ente vigencia o validez formal y validez sustantiva. La versión del constitucionalismo que se desprende de *Principia Iuris* es denominada por Prieto Sanchís como *constitucionalismo rematerializado o de los derechos*. Son las normas sustantivas, principalmente los derechos fundamentales, los que están en la base del constitucionalismo jurídico (PRIETO SANCHÍS, 2013).

Siguiendo a Prieto Sanchís, las tres notas discordantes de este enfoque neoconstitucional garantista con respecto al estándar son las siguientes. Primera, una tesis metodológica o conceptual que sostiene la relación necesaria entre derecho y moral y la primacía del llamado punto de vista interno, si no en todo el sistema jurídico, sí al menos en

los sistemas constitucionales. Segunda, una concepción normativa de la Constitución que hace de esta una norma directamente aplicable por los jueces, sin necesidad de la actuación del legislador. Y tercera, una visión conflictualista de las normas sustantivas de la Constitución y especialmente de los derechos fundamentales que son concebidos al modo de los *principios* (y no de las *reglas*) y que reclaman el desarrollo de una cuidada argumentación jurídica. La primera característica conduce a lo que Ferrajoli denomina *constitucionalismo ético* y las segunda y la tercera constituyen el sustrato del activismo judicial.

Ferrajoli no muestra simpatía hacia la visión conflictualista y ponderativa de la Constitución y de los derechos fundamentales. Aun reconociendo que pueden darse algunos supuestos de conflicto entre derechos, así como la idoneidad del juicio de ponderación como mejor forma para resolverlos, considera que el tema se ha exagerado precisamente por influencia del neoconstitucionalismo, “inventando conflictos allí donde solo hay límites y lesionando con ello la propia normatividad y supremacía constitucional” (PRIETO SANCHÍS, 2013, p.87). Ferrajoli (2011, p. 75) todavía advierte que:

no podemos ignorar que las amenazas más graves a la democracia constitucional provienen hoy de dos poderosas ideologías de legitimación del poder: la idea de la omnipotencia de las mayorías políticas y la idea de la libertad de mercado como nueva *Grundnorm* del actual orden globalizado.

En el garantismo los derechos constituyen la clave de una teoría del Derecho cuidadosa y vigilante de las exigencias del Estado constitucional de Derecho, colocando a la validez no solo como una condición formal sino sustantiva. Precisamente, en este protagonismo político y teórico de los derechos, el garantismo se aproxima a la versión más conocida del neoconstitucionalismo. Sin embargo, hay tres aspectos en los que Ferrajoli se aleja de la posición neconstitucionalista estándar. Ello es consecuencia de que garantismo y neoconstitucionalismo derivan de tradiciones filosóficas diferentes. En primer lugar, el neoconstitucionalismo adopta el punto de vista interno que concibe el Derecho como una obra que no acaba en la ley sino como un hacerse que debe de culminar en una argumentación constructiva. Por su parte, Ferrajoli se adscribe a la tradición racionalista y sistemática, más cercana a una teoría externa dotada de una dimensión crítica sobre el propio sistema jurídico.

El segundo desacuerdo se refiere a la tesis del llamado positivismo conceptual, en la medida en que en Ferrajoli no se encuentran atisbos de aceptar el neiusnaturalismo constitucionalista, ni el positivismo incluyente o incorporacionista ni tampoco el positivismo ético. A pesar de que las Constituciones puedan incluir contenidos sustantivos (morales) que

funcionen como criterios de validez de las normas, la separación entre el Derecho y la moral sigue incólume.

El tercer desacuerdo se refiere a la teoría de la argumentación. El garantismo y el constitucionalismo suelen ser acusados en Europa de judicialistas, dado que parecen impulsar un control judicial tanto de los actos del poder como de la propia ley, a partir de los preceptos constitucionales, por lo general poco precisos y concluyentes. El déficit de racionalidad y legitimidad que esto pudiera conllevar es compensado por algunos enfoques constitucionalistas mediante la teoría de la argumentación jurídica. Sin embargo, como advierte Prieto Sanchís (2013), este no es el caso de Ferrajoli, más proclive a que el juez constate y, en escasa medida, escoja, valore o decida. Las cláusulas materiales de la Constitución y especialmente de los derechos no invitan al juez a ponderar pesos y proporcionalidades relativas sino que imponen una tarea sustantiva.

La posición de Ferrajoli choca con algunas de las tesis del neoconstitucionalismo estándar. Resulta un difícil equilibrio defender el punto de vista externo y, a la vez, apelar a una argumentación racional a partir de contenidos sustantivos, como forma de mitigar la indeterminación de Derecho y, todo ello, procurando la realización del programa constitucional. Probablemente, un neoconstitucionalista entienda que la incorporación de valores morales en la cúspide del sistema jurídico y el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución conducen irremediabilmente a la conexión necesaria entre Derecho y moral, a la primacía del punto de vista interno y al desplazamiento del centro de gravedad en el Derecho de la norma al razonamiento (de la nomoestática a la nomodinámica). Sin embargo, Prieto Sanchís (2013, p. 102) sostiene que sí resulta posible (y deseable) mantener la tesis positivista de la separación conceptual entre Derecho y moral y, al mismo tiempo, defender el acierto y la fecundidad de la teoría y de la práctica argumentativa iniciadas desde el neoconstitucionalismo. Así también es el pensamiento de García Figueroa (2008, p. 79 e ss.). En definitiva, para Ferrajoli (2010), la proliferación de principios implica la introducción de argumentaciones morales que, en lugar de consolidar el Derecho conducen inexorablemente a una fragilización del mismo.

4 CONCEPTO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Como afirma M. Carbonell (2007, p.9), “No son pocos los autores que se preguntan si en realidad hay algo nuevo en el neoconstitucionalismo o si más bien se trata de una etiqueta vacía, que sirve para presentar bajo un nuevo ropaje cuestiones que antaño se

explicaban de otra manera”. Desde su utilización inicial por S. Pozzolo (1998), este concepto se ha convertido en una especie de *cajón de sastre* para referirse tanto al constitucionalismo europeo contemporáneo como a tendencias variadas y diversas. Ha prosperado en los últimos años, sobre todo en el contexto italiano y español, habiéndose extendido su interés al contexto latinoamericano.

El neoconstitucionalismo pretende explicar una serie de textos y, sobre todo, Constituciones que ven la luz principalmente a partir de los años setenta: “Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas ‘materiales’ o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos” (CARBONELL, 2007, p. 10).

Es un sustrato común que subyace tanto a las Constituciones europeas, como a las latinoamericanas e incluso, al sistema norteamericano, como pone de manifiesto R. Dworkin (1986), un claro exponente del neoconstitucionalismo. Como ejemplos más representativos de este tipo de Constituciones cabe citar la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.

La Constitución ya no es solamente una norma de grado jurídico jerárquico más elevado, sino que también constituye la norma axiológicamente suprema. El texto constitucional está integrado por normas, derechos, principios y valores que, a la hora de interpretarlos, dan lugar a un cierto grado de conflicto. Los propios jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, con un razonamiento más complejo. A ello hay que sumar que los jueces se encuentran con la dificultad de tener que trabajar con valores que están constitucionalizados y que precisan de una tarea hermenéutica que haga posible su aplicación a los casos concretos de manera justa y razonada. Una vertiente muy interesante del neoconstitucionalismo es precisamente la del análisis de los criterios y modelos de interpretación constitucional (COMANDUCI, 2007; CARBONELL, 2007; BELLOSO MARTÍN, 2007; SERNA BERMÚDEZ, 2006).

El neoconstitucionalismo viene a aunar elementos de las dos tradiciones constitucionales clásicas: fuerte contenido normativo y garantía constitucional (PRIETO SANCHÍS, 2013). De la primera de estas tradiciones se recoge la idea de garantía constitucional y una correlativa desconfianza ante el legislador. De la segunda tradición se rescata un ambicioso programa normativo que va más allá de lo que exigiría la mera organización del poder mediante el establecimiento de las reglas de juego. Para comprender el alcance del constitucionalismo contemporáneo, en el marco de la cultura jurídica europea, hay

que recordar la aportación de Kelsen (1988) al modelo de justicia constitucional, la denominada jurisdicción concentrada, y que es el modelo vigente en Alemania, Italia, España o Portugal. Kelsen era un defensor de la Constitución como *norma normarum*, es decir, como norma reguladora de las fuentes del derecho. La Constitución es una norma interna del Estado, no una norma externa que, desde la soberanía popular, pretenda dirigir el contenido de las leyes. El neoconstitucionalismo apuesta por Constituciones normativas garantizadas.

Para la justicia constitucional es relevante la incorporación de principios, derechos y directivas. El nuevo Estado constitucional de Derecho reclama una nueva teoría del Derecho que se aleje de los esquemas del positivismo teórico. Hay un hecho obvio: la crisis de la ley, una crisis que no responde sólo a las exigencias de una norma superior sino también a otros fenómenos más o menos conexos con el constitucionalismo, como el proceso de unidad europea, el desarrollo de las Comunidades Autónomas, la revitalización de las fuentes sociales del Derecho etc. Es decir, la ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente del Derecho que en otra época se pretendió que fuera. Como afirma L. Prieto Sanchís (1997, p. 131), “(...) tal vez éste sea el síntoma más visible de la crisis de la teoría del Derecho positivista, forjada en torno a los dogmas de la estatalidad y de la legalidad del derecho.”

El neoconstitucionalismo está impulsando una nueva teoría del Derecho, cuyos rasgos más sobresalientes podrían ser los cinco siguientes: 1) más principios que reglas; 2) más ponderación que subsunción; 3) omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos meramente relevantes, en lugar de espacio dejados a la opción legislativa o reglamentaria; 4) omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador o reglamentaria; y, por último, 5) coexistencia de una constelación de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, principalmente, a las sucesivas opciones legislativas. En estas cinco cuestiones estamos resumiendo la caracterización aproximadamente coincidente que ofrecen diversos autores tales como R. Alexy (1994), Zagrebelsky (1995), Guastini (2003) y Prieto Sanchís (1997).

Por su parte, Ramos Duarte (2006) presenta algunas tesis que se podrían atribuir al paradigma neoconstitucionalista: 1) Pragmatismo: prioridad del carácter práctico de la ciencia jurídica frente a su presentación como un estudio de carácter científico; 2) Eclecticismo (sincretismo) metodológico: requiere una vía que se sitúe entre la orientación analítica y la hermenéutica, haciendo depender la exégesis y la aplicación iusfundamental de un conjunto de metodologías que se interconectan; 3) Principialismo: a partir de la distinción entre principios y reglas, el argumento de los principios, junto con otros dos argumentos (el de la

corrección y el de la injusticia) consolidan una fundamentación de corte constitucionalista que acepta la tesis de la conexión del derecho y de la moral; 4) Estatalismo garantista: resulta necesario, para la consecución de la seguridad jurídica, que los conflictos se solucionen a través de instituciones estatales; 5) Judicialismo ético-jurídico: exige de los operadores jurídicos la elaboración de juicios de adecuación y de juicios de justificación con naturaleza ética junto con técnicas estrictamente subjuntivo-jurídicas. La función de aplicación judicial conlleva la conjunción de elementos éticos junto con elementos estrictamente jurídicos, confluyendo, por tanto, en la afirmación de la tesis de conexión entre derecho y moral¹.

El neoconstitucionalismo representa un pacto logrado mediante la incorporación de postulados distintos y tendencialmente contradictorios, entre los que cabe destacar la igualdad. Los textos constitucionales suelen estimular las medidas de igualdad sustancial, pero garantizan también la igualdad jurídica o formal, y resulta evidente que toda política orientada a favor de la primera ha de tropezar con el obstáculo que supone la segunda; se proclama la libertad de expresión, pero también el derecho al honor, y es también obvio que pueden entrar en conflicto; la cláusula del Estado social, que comprende distintas directrices de actuación pública, necesariamente ha de interferir con el modelo constitucional de la economía de mercado, con el derecho de propiedad o con la autonomía de la voluntad y, claro está, también con las prerrogativas del legislador para diseñar la política social y económica. Pocas son las normas sustantivas de la Constitución que no encuentran frente a sí otras normas capaces de suministrar eventuales razones para una solución contraria. El ejemplo más claro en el último año en España ha sido con relación a la unidad de la nación española y el reconocimiento de las nacionalidades y regiones. El artículo segundo de nuestro texto constitucional dice así: “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”. Ello ha dado lugar a la configuración de diversas Comunidades Autónomas en España, Autonomías que cada vez tiene un mayor número de competencias delegadas (educación, sanidad, medio ambiente, justicia etc.). El problema está en cómo interpretar de forma armónica y equilibrada, la unidad de España por un lado, y el derecho a la autonomía por otra

¹ Junto a estas tesis, enumera también otras como el Post-positivismo, juicio de ponderación, especificidad interpretativa y concepción no-positivista del Derecho – v. g., *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição* (RAMOS DUARTE, 2006). Esta obra consta de dos partes. La primera escrita por Écio Oto Ramos Duarte y la segunda (p.75-185) por Susanna Pozzolo. También, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho – el triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil* (BARROSO, 2008).

(máxime en estos últimos meses en que Cataluña pretende llevar a cabo una consulta soberanista para aprobar su independencia de España).

Se podría pensar que las Constituciones del neoconstitucionalismo son un ejemplo de antinomias: un conjunto de normas contradictorias entre sí que se superponen de modo permanente dando lugar a soluciones dispares. Esto sucedería si las normas constitucionales apareciesen como reglas, pero una de sus características es que los principios dominan sobre las reglas. Individualmente consideradas las normas constitucionales son como cualesquiera otras, pero cuando entran en conflicto interno suelen operar como se supone que hacen los principios. La diferencia es que cuando dos reglas se muestran en conflicto significa que o bien una de ellas no es válida, o bien que una opera como excepción a la otra (criterio de especialidad). En cambio, cuando la contradicción se entabla entre dos principios, ambos siguen siendo simultáneamente válidos, a pesar de que en el caso concreto y de modo circunstancial uno se imponga sobre otro (ALEXY, 1993). La característica peculiar de la interpretación constitucional es más de carácter cuantitativo que cualitativo: las Constituciones parecen presentar en mayor medida que las leyes un género de normas, que suelen llamarse principios, y que requieren el empleo de ciertas herramientas interpretativas. Y una de estas herramientas, como ya hemos mencionado, es el de más ponderación que subsunción.

Entre los diversos rasgos que configuran el neoconstitucionalismo, podemos destacar: 1) la adopción de una noción específica de la Constitución, que ha sido denominado *modelo prescriptivo de la Constitución² como norma*, 2) la defensa de la tesis según la cual el Derecho está compuesto (también) de principios; 3) la adopción de la técnica interpretativa de la *ponderación* – características a las que ya hemos aludido al ocuparnos de los presupuestos del Estado constitucional.

5 OBJECIONES AL NEOCONSTITUCIONALISMO

El neoconstitucionalismo ha sido objeto de serias objeciones, principalmente en cuanto al papel primordial que adquiere la Constitución y en cuanto al sistema de interpretación de las normas constitucionales. Uno de los críticos ha sido E. Forsthoff (1975,

² No podemos extendernos aquí acerca de la variedad de usos del término *Constitución*. Nos remitimos para ello al trabajo de Ricardo Guastini (2003), que diferencia: 1) La Constitución como límite al poder político; 2) La Constitución como conjunto de normas *fundamentales*; 3) La *materia constitucional*; 4) La Constitución como *código* de la materia constitucional; 5) La Constitución como fuente diferenciada; 6) La Constitución y las (otras) leyes.

p. 242), quien subraya que: “(...) si la Constitución de los derechos tiene respuesta para todo, entonces se convierte en una especie de gran huevo jurídico del que todo puede obtenerse y todo lo predetermina, desde el Código penal a la fabricación de termómetros”. Prieto Sanchís reproduce esta comparación de E. Forsthoff en su trabajo *El constitucionalismo de los derechos*, en M. Carbonell (2007) y presenta una defensa – de una de las posibles vertientes del neoconstitucionalismo – en su ya citado trabajo *El constitucionalismo de los derechos* (2013).

A su vez, García Amado (2007) compara el constitucionalismo positivista con las tesis de Prieto, que, a su vez, contesta a García Amado y advierte que su trabajo ha sido interpretado, por García Amado, como una formulación del neoconstitucionalismo en general y de su pensamiento en particular, lo cual no es correcto, ya que Prieto afirma disentir de algunas de las tesis que podríamos denominar estándar del neoconstitucionalismo, como la de la relación entre derecho y moral (CARBONELL, 2007, p. 266).

En un intento de terciar entre ambas tesis, Bernal Pulido (2007) nos ofrece los elementos para una defensa de la tesis del neoconstitucionalismo. García Amado critica la tesis de que la Constitución es omnipresente, la principialista, la de que se aplica mediante la ponderación, la negación de la distinción entre el ámbito de la Constitución y el de la legislación y la defensa del modelo argumentativo. En su opinión, estas ideas equivocadas derivan de que en el neoconstitucionalismo se confunde lo que la Constitución dice con aquello que los intérpretes dicen que la Constitución dice. La Constitución sólo dice lo que dicen sus palabras: la tripartición de lo decible por la Constitución: a) cosas que la Constitución claramente dice, para mandarlas, prohibirlas o permitir las (ejemplo: que está prohibida la pena de muerte en tiempos de paz – art.15 CE –); b) cosas de las que no dice absolutamente nada (ejemplo: cuántos animales domésticos puedo tener en mi apartamento); c) cosas de las que no sabemos si dice algo o no, y en su caso qué, pues depende de cómo interpretemos sus términos y enunciados (ejemplo: si la pareja estable no casada, o la homosexual, es *familia* – art.39 CE –).

Para García Amado, la corriente positivista presenta estas tesis: a) Las Constituciones (como cualesquiera otras normas jurídicas) mandan por sí lo que claramente se corresponde con la referencia de sus términos y enunciados; b) En los márgenes de vaguedad o zonas de penumbra, la Constitución es abierta y podrá ser concretada de diferentes modos, tantos como no sean patentemente contradictorios con la semántica constitucional; c) La elección de una de entre esas varias posibles concreciones compatibles con la indeterminación del precepto constitucional corresponde a los intérpretes autorizados de la Constitución – el

legislador, los jueces y el Tribunal Constitucional; d) Los jueces y muy particularmente, el tribunal Constitucional cumplen prioritariamente funciones de control constitucional, de control negativo puro, consistente en inaplicar y declarar inconstitucional, en su caso, las normas legales que patentemente vulneren la semántica de los enunciados constitucionales; e) Por el contrario, al poder legislativo le corresponde una función de realización constitucional, consistente en elegir de entre las alternativas que los enunciados constitucionales permiten por no ser contradictorias con sus significados posibles; f) Todo este entramado doctrinal positivista tiene un fundamento político, cual es la defensa de la prioridad del legislador democrático y, con ello, de la soberanía popular (BERNAL PULIDO, 2007).

En cambio, según García Amado, el neoconstitucionalismo defendería las siguientes tesis, incompatibles con las anteriores: a) El contenido de la Constitución no se agota en el significado de sus términos y enunciados, en su semántica; la naturaleza última de las normas constitucionales es prelingüística, axiológica. Por eso las Constituciones dicen más de lo que sus términos significan; b) Por consiguiente, la indeterminación semántica de las normas constitucionales es compatible con su plena determinación material; son mandatos precisos, pese a su imprecisión lingüística; c) Los intérpretes autorizados de la Constitución no están llamados a elegir entre interpretaciones o concreciones posibles de los enunciados constitucionales, sino compelidos a realizar máximamente tales mandatos materialmente determinados. Los intérpretes pueden conocer la idea verdadera que cada norma tiene para cada caso concreto; d) Los jueces y, en particular, el Tribunal Constitucional cumplen funciones de control negativo-positivo: deben inaplicar o declarar la inconstitucionalidad de toda norma legal que no lleve a cabo dicha maximización; e) Por consiguiente, tanto el legislador como, principalmente los jueces, tiene acceso al conocimiento de esos contenidos prelingüísticos que componen la Constitución material o axiológica, y lo tienen con suficiente amplitud como para poder determinar la solución que el mandato constitucional prescribe para todos o la mayor parte de los casos concretos; f) Este entramado doctrinal neoconstitucionalista tiene como trasfondo político la creciente desconfianza frente al legislador parlamentario y la correlativa fe en virtudes taumatúrgicas de la judicatura (BERNAL PULIDO, 2007).

Compartimos con Bernal Pulido la defensa de cuatro de las tesis expuestas por Prieto Sanchís, que consideramos podrían representar el núcleo de aquello que se presenta como neoconstitucionalismo: 1) que los derechos fundamentales de la Constitución son principios, y (2) que se aplican judicialmente (3) mediante la ponderación. Todo ello, partiendo de aceptar (4) el carácter material de la Constitución.

6 PRINCIPALES ELEMENTOS DE DISCUSIÓN EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO

Analizaremos tres de los principales desafíos que se plantean al neoconstitucionalismo. En primer lugar, la vieja cuestión de las relaciones entre derecho y moral alcanza un particular protagonismo en el neoconstitucionalismo, lo que acaba derivando en plantearse si estos neoconstitucionalismos no tienen la pretensión de tender un puente entre las clásicas teorías antagónicas de iusnaturalismo y positivismo. En segundo lugar, la textura abierta del lenguaje, zonas de penumbra, teorías principiológicas y argumentación jurídica, cuestionan el papel que le corresponde al Poder judicial en su labor de intérprete de esos principios y valores. En tercer lugar, si se reconoce un lugar a la moral en el Derecho, a los principios y valores, todo en aras de un Derecho más justo, habrá que analizar si hay que dar primacía a la seguridad jurídica o si damos cabida a los principios y valores, asumiendo el riesgo de una arbitrariedad de principios.

6.1 ¿RECUPERACIÓN DE LA CONEXIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL?

Como sabemos, el *Positivismo jurídico inclusivo*³ considera que es conceptualmente posible, pero no necesario, que las disposiciones del derecho puedan existir en función de consideraciones morales (GIZBERT-STUDNICKI; PIETRZYKOWSKI, 2004). Sería igual a afirmar que “la moralidad es una condición de la legalidad: que la legalidad de las normas puede depender algunas veces de sus méritos (morales) sustantivos, no solamente de su *pedigree* o fuente social” (COLEMAN, 2001). Para el positivismo jurídico inclusivo, la moral es uno de los criterios que integran la regla de reconocimiento. Si para los positivistas jurídicos exclusivos, los criterios morales de legalidad no pertenecen al sistema jurídico – porque la regla de reconocimiento viene determinada exclusivamente por las fuentes sociales – los positivistas jurídicos inclusivos, por su parte, entienden que si la moralidad es o no una condición de legalidad en un sistema jurídico particular, depende de una regla social o convencional, es decir, de la regla de reconocimiento.

El positivismo jurídico, desde el *Postscriptum* de Hart (1990), se dirige hacia determinadas concepciones según las cuales, los criterios de validez en un sistema jurídico no pueden estar asentados solamente en criterios de orden fáctico (*Positivismo duro*), sino que

³ Sobre el positivismo, vide *El nuevo desafío del positivismo jurídico* (HART, 1990, p. 3-19). Este texto es el resultado de una conferencia impartida por Hart en la Universidad Autónoma de Madrid, el día 29 de octubre de 1979. Vide también *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.H. Hart: un'introduzione critica* (SCHIAVELLO, 2002) y *Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el Positivismo* (BELLOSO MARTÍN, 2006, p.781-802).

también contarán con la incorporación de principios de justicia o de valores morales (*Positivismo blando*), todo lo cual ha dado lugar a la construcción de dos formas básicas de positivismo jurídico como son el excluyente y el incluyente (RAMOS DUARTE, 2006).

Dworkin (1986) mantiene una oposición al positivismo jurídico que sustenta la separación conceptual entre derecho y moral. Por ello, aduce que la fundamentación de una teoría del derecho se asienta en la tesis de que el sistema jurídico, tal como es percibido por los jueces, debe incluir no solamente el derecho explícito, reconocido con tal por el positivista y normalmente identificado con referencia a las fuentes sociales del derecho (legislación, precedente, práctica judicial, costumbre etc.) sino, también, un conjunto de principios jerárquicamente ordenados que están implícitos o son presupuestos por el derecho explícito.

Estamos asistiendo a una crisis importante en el dualismo Derecho/moral. El neoconstitucionalismo es una teoría que, usando la expresión de Dworkin (1986, p. 17), se *toma los derechos en serio*, confía en las posibilidades de nuestros derechos fundamentales. Se considera que todas esas normas forman parte del ordenamiento gracias al esfuerzo de muchos seres humanos que han luchado para que ciertos elementos morales habiten en nuestro ordenamiento. Pero hay quien insiste en que esos *elementos morales* y, especialmente su aplicación por parte de los jueces, suponen graves riesgos para nuestra seguridad. Muchos creen que la teoría del neoconstitucionalismo es una teoría peligrosa que nos aboca a grandes riesgos. Por un lado, los positivistas temen que el neoconstitucionalismo conceptual acabe por disolver el ordenamiento jurídico en la moral individual o social defendida por alguien. Por otro lado, los legalistas temen, por su parte, que el neoconstitucionalismo normativo impida que en la mente del juez se trace una línea divisoria entre el Derecho que él debe aplicar y sus personales concepciones del mundo y que reine entonces la incertidumbre y el caos, eso sin hablar de los riesgos para la democracia. La Constitución, en la medida en que es un reflejo del pluralismo, se carga axiológicamente de conceptos morales. Y ello es porque sólo mediante la *rematerialización* de la Constitución y del Derecho en general es posible administrar los valores en conflicto implícitos en la Constitución. Si el sistema jurídico careciera de esa dimensión sustantiva y fuera exclusivamente un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas, no podríamos hacer uso de él para resolver los conflictos entre valores que encierra la propia Constitución. De ahí que Ferrajoli (2011), acertadamente, nos llame la atención sobre la necesidad de cierta imperfección técnica del Derecho. El Derecho de los Estados constitucionales debe soportar, por ejemplo, ciertas contradicciones o tensiones ente sus principios constitucionales, precisamente porque ha incorporado una dimensión moral.

Zagrebelsky (1995), en su obra *El derecho dúctil*, destaca también el aspecto de que nos hallamos en sociedades plurales y cambiantes, por lo que no podemos regirnos por un ordenamiento jurídico monolítico y rígido, sino plural y flexible. Los *tiempos líquidos* requieren un *derecho dúctil*. Por ello, necesitamos reconocer (o incluso dotar) una intensa carga axiológica al ordenamiento y que la axiología pluralista se exprese a través de una deontología pluralista (principios, normas derrotables - es decir, la propiedad de contener un conjunto de excepciones no enumerables exhaustivamente *ex ante*). Sin embargo, esa deontología flexible de la Constitución, derivada de su axiología pluralista, presenta dos aspectos considerados indeseables por algunos autores. El primero, la aplicación de principios confiere más poder a los jueces, porque requiere de su concurso en mayor medida, es decir, un cierto judicialismo ético. El segundo, las normas generales se ven desplazadas por cierto casuismo, es decir, una tendencia al particularismo jurídico.

La recepción a nivel constitucional de los derechos fundamentales hace en cierta medida redundante y de limitado interés práctico el recurso a argumentos iusnaturalistas. El positivismo, por su parte, ha sido revisado en algunos de sus aspectos, reconduciéndose a un positivismo *blando*. De todo ello no cabe deducir que, necesariamente, en los textos constitucionales se puede exigir un *minimum de moralidad* (moral social). En esta línea, Prieto Sanchís (2000, p. 172), a la vez que reconoce el reforzamiento que aporta la argumentación jurídica al constitucionalismo de principios, sostiene que ello “no equivale a una feliz reconciliación del Derecho y la moral y, por tanto, creo que pueda seguir manteniéndose la conocida tesis positivista de la separación”.

6.2 ¿ACTIVISMO JUDICIAL?

La Constitución atiende sincrónicamente a una pluralidad de concepciones del mundo en un momento dado, pero además atiende diacrónicamente a los sucesivos cambios que puedan experimentar esas concepciones y más específicamente atiende a las particularidades de cada caso que el juez deba resolver. Ese escenario presenta algunos riesgos, entre los que cabe destacar el de la judicialización excesiva de nuestro ordenamiento. La articulación de los Poderes Legislativo y Judicial en el Estado de Derecho no puede reducirse al mero simplismo de considerar que el Legislativo crea normas y el juez se limita a aplicarlas. Hay que destacar la importancia que para la justicia constitucional tiene la incorporación de principios, derechos y directivas. El nuevo Estado constitucional de Derecho reclama una nueva teoría del Derecho que se aleje de los esquemas del positivismo teórico. La ley ha dejado de ser la única,

suprema y racional fuente del Derecho que en otra época se pretendió que fuera (PRIETO SANCHÍS, 2000).

Como acertadamente apunta R. Vázquez (2010, p. 251), el debate se ha planteado entre dos extremos:

O la autorrestricción judicial a partir del principio de división de poderes y de una concepción de la democracia formalista (los jueces carecen de legitimidad democrática y son los menos autorizados para controlar la legalidad y constitucionalidad de las normas); o bien el activismo judicial y el decisionismo son contrapesos democráticos que, pese a los riesgos, posibilitaría, entre otras cosas, la salvaguarda de los derechos fundamentales – y de manera relevante el de las minorías- consagrados en la Constitución.

Este debate, en Latinoamérica, se ha visto enriquecido por las obras de Carlos Nino (1997), Roberto Gargarella (1996) y Víctor Ferreres (1997). La dificultad contramayoritaria se puede resumir en las acertadas palabras de G. Carrió (1991, p. 148):

Cómo es posible que una ley sancionada tras amplio debate por los representantes del pueblo democráticamente elegidos, quede sometida o supeditada, en cuanto a su validez constitucional, al criterio de los integrantes de un grupo aislado, no elegidos por procedimientos suficientemente democráticos, no controlados en su actuación por los representantes del pueblo y, en la práctica institucional efectiva, no responsable ante ellos.

Es decir, se asiste a un debate entre quienes sostienen que la tarea del juez es sustancialmente valorativa – mediante la ponderación y la interpretación jurídica – y surge la pregunta de ¿Quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones? Frente a esta posición, otro sector de la doctrina sostiene que el juez debe limitarse a aplicar la ley o la Constitución sin valorarla. En cierta forma, su actividad sería semejante a la de un técnico o un científico, y éstos no son seleccionados por el voto mayoritario.

La dificultad contramayoritaria nos acaba llevando al interrogante de qué razones justifican un papel activo de los jueces en un Estado democrático de Derecho. O planteado de otra manera, “¿está justificada la idea de primacía de la Constitución, esto es, la idea de atrincherar determinadas cuestiones para impedir que puedan ser modificadas por la regla de la mayoría?” (BAYÓN, 2004, p. 103-4). Propuestas como las de Dworkin (1986) con las *pre-condiciones de la democracia*, de E. Garzón Valdés (1989) con el *coto vedado* o de L. Ferrajoli (2010) con la *esfera de lo indecible* en los derechos humanos inciden en las críticas al argumento contramayoritario.

Junto a la dificultad contramayoritaria, hay que añadir las dificultades interpretativas del propio lenguaje jurídico que los jueces deben de utilizar. Es bien conocida la

incertidumbre producida por el lenguaje. Por tanto, una buena parte de los conceptos jurídicos son, al menos parcialmente, indeterminados. Toda norma presenta la dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda que le aporta un halo de vaguedad. Aflora la *irreducible textura abierta* del lenguaje y, hasta los términos claves de la teoría del derecho tienen su *penumbra de incertidumbre*. La función de la incertidumbre es dejar abiertas cuestiones que, dada nuestra incapacidad para anticipar el futuro no pueden resolverse razonablemente de antemano sino sólo cuando se presentan. También es habitual que algunos textos jurídicos usen términos valorativos, expresiones con carga moral. Algunas son tan antiguas como el Derecho Privado, la buena fe o la diligencia de un buen padre de familia. Otras, llegaron con las Declaraciones de derechos incluidas en las Constituciones y en los Tratados internacionales. Dado el alto grado de abstracción, generalidad e indeterminación de estos preceptos constitucionales, con las consecuencias que de ello se derivan en el plano interpretativo, puede observarse el gran protagonismo que llegan a adquirir estos órganos de control constitucional, en detrimento de la autonomía de la que antes gozaba el legislador. Expresiones como *dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad* (art.10 CE), *integridad moral, tratos inhumanos o degradantes* (art. 15 CE), *libertad ideológica* (art.16 CE), *honor* (art.18.1 CE), o *participar directamente en asuntos públicos* (art.23.1 CE), constituyen un ejemplo. ¿Qué clases – más o menos concretas – de comportamientos están prohibidos por atentar contra la *integridad moral*? ¿En qué consisten los *tratos inhumanos o degradantes*?

El neoconstitucionalismo impulsa mayor *actividad judicial*, pero no mayor *activismo judicial*. Al juez le corresponde un papel más importante, pero no por ello se halla menos vinculado al Derecho. Aquí el esquema de la subsunción ya no funciona con fluidez. Por eso, algunos autores sostienen que el esquema de la aplicación de los derechos fundamentales (de los principios en general) no es la subsunción sino la ponderación.

L. Streck (2013, p. 144-5) recuerda que los principios son normas y tiene un sentido deontológico. Es decir, no se puede reducir a que las reglas estén ligadas a la subsunción y los principios a las teorías argumentativas. O que los casos simples (*easy cases*) pudieran resolverse mediante raciocinios causales-explicativos y los casos difíciles (*hard cases*) demandaran raciocinios más complejos, como la ponderación:

Ora, os princípios não se constituem em álibis teóricos para suplantarem problemas metodológicos oriundos da ‘insuficiência’ das regras (...). Portanto, é equivocado pensar que os princípios constitucionais representam a posituação dos valores. O Direito é um sistema formado por regras (preceitos) e princípios. Ambos são normas.

García Amado (1999, p. 201) se lamenta de que el constitucionalismo (en la versión neoconstitucionalista) encierra a menudo una especie de *criptoiusnaturalismo* disfrazado de veneración a los valores constitucionales:

Así, se argumenta que el juez está sometido a la ley, ciertamente, pero también y en mayor medida aún a la Constitución; que la parte central y definitoria de la Constitución es aquella en que se recogen los valores superiores del ordenamiento jurídico constitucional, tal como sucede paradigmáticamente en el art. 1 de la Constitución Española; que, por tanto, la interpretación judicial del derecho ha de estar prioritariamente guiada por tales valores; y que, en fin, cuando el sentido claro o evidente del texto legal o de la voluntad legislativa choque con dichos valores, el juez podrá y deberá interpretar y decidir «contra legem», decisión que estaría totalmente justificada por ser «pro constitutionem», es decir, favorable a los valores constitucionales. Cómo puede el juez conocer el contenido exacto y preciso de esos valores es un misterio que no se desvela (...).

6.3 ¿MÁS Y MEJOR JUSTICIA O INSEGURIDAD JURÍDICA?

Dworkin (1984) sostiene que el Derecho es fundamentalmente el producto de una práctica interpretativa y argumentativa. Ha llamado la atención sobre el modo como las funciones de producción y de aplicación de las normas se encuentran en todos los niveles aunque de forma diferenciada, sujetas a principios de moralidad política⁴. Critica lo que un siglo antes, F. Gény había calificado de *fetichismo de la ley escrita*, es decir, el carácter ilusorio de semejante ideal. Se alzan voces que advierten del peligro de un *panprincipiologismo* que, en lugar de fomentar una mayor justicia en las sentencias judiciales, acabe provocando una mayor fragilidad. García Amado (2010, p. 530) señala al desmesurado protagonismo de los principios y la ponderación, a la vez que advierte de intereses ocultos que se vislumbran en la preocupación por designar a los miembros de la Judicatura o de altas instancias decisorias:

Quisimos dedicarnos con esmero la teoría de la argumentación como forma de evitar el abuso, la sinrazón y la arbitrariedad, y la hicimos al final una herramienta para que los iluminados averigüen caso por caso el contenido de los verdaderos principios, esos que son Alfa y Omega de todo Derecho posible y que han sido revelados a los poderes constituyentes de poco para acá, y para que esos mismos sacerdotes de la verdad jurídica eterna detecten falacias en el ojo ajeno, en el ojo del positivista, del relativista, del escéptico o del que sigue pensando que el rey está desnudo o que el legislador hace la ley y el iusfilósofo la trampa.

⁴ También, *Law Empire* – Trad.: *El imperio del Derecho* (DWORKIN, 1986). Vide también *Ilícitos atípicos* (ATIENZA; MANERO, 2000), en la que se analiza cómo operan los principios y las reglas en la argumentación jurídica, ofreciendo una novedosa caracterización conceptual de fenómenos delectivos como el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, que coinciden en explotar la observancia de una regla para violar principios que le sirven de fundamento. Vide también *Certeza y predicibilidad de las relaciones jurídicas* (LAPORTA; MANERO; RODILLA, 2009).

García de Enterría (2000, p. 147) ha sostenido que en un ordenamiento tan complejo y variable, elaborado por impulsos dispersos y ocasionales, y que ha parecido renunciar a mantener un orden sistemático discernible, la referencia a los principios y valores constitucionales permite construir, en el proceso de aplicación del derecho, unidad y coherencia, evitando la completa disolución casuística:

Ante la situación actual (...) del desorden extremo de las normas escritas, sólo un esqueleto firme de principios puede permitir orientarse en el magma innumerable de dichas normas, en su mayor parte ocasionales e incompletas, sometidas a un proceso de cambio incesante y continuo. Esta situación nos entrega, insoslayablemente, aunque pueda parecer paradójico, a un pensamiento jurídico de valores o por principios.

Parece pensar que la presencia de principios permite, actuando dentro del sistema, resolver contradicciones normativas, colmar lagunas legales, y decidir racionalmente a propósito de disposiciones vagas e imprecisas, proporcionando una cierta estabilidad y unidad a un cuerpo legal disperso y en continua agitación. Sin embargo, otros autores consideran la presencia de principios como factor de inseguridad jurídica. Si admitimos que en nuestras sociedades modernas se multiplican las oportunidades para la proliferación de los casos difíciles, ¿cómo podemos resolverlos generando certeza? En esta segunda línea, la de considerar que se hace una *exagerada apelación a los principios* se inscribe Laporta (2007), quien destaca dos propiedades que parecen portar los principios: en primer lugar, su formulación lingüística es muy general y abstracta, muy abierta, con frecuencia vaga y por todo ello, indeterminada, y exige por tanto, una gran labor de concreción cuando llega el caso; en segundo lugar, no son concluyentes como premisas del razonamiento jurídico.

Por estas dos razones erigen al juez como principal protagonista de la solución jurídica de los casos. Pero, ¿qué es lo que sucede cuando surge el caso concreto ante el principio? Pues que los particulares del caso se proyectan sobre el enunciado del principio y cierran sus condiciones de aplicación, transformándolo así en una regla. Lo que el juez tiene entonces que decidir es si tal regla es una ejemplificación del principio y si tal regla entra en conflicto con otra regla que sea a su vez la ejemplificación, también cerrada por los particulares del caso, si tal regla así cerrada es negación interna o externa de la otra. La característica más importante de las reglas es la generalidad, es decir, que toda regla tenga siempre una formulación lingüística generalizadora. Pero toda regla tiene también, por detrás de esa formulación, una justificación subyacente (LAPORTA, 2007). *La textura abierta de las reglas* – a la que Hart (1990) se refería – acabarán haciendo surgir antinomias, lagunas, ambigüedades e incertidumbres, es decir, surgirán casos difíciles en los que los órganos de

aplicación del derecho no podrán echar mano del arsenal de reglas convencionales. ¿Cuál es la solución? ¿Los principios? ¿No pueden acabar llevándonos precisamente a la arbitrariedad? “El sueño de un mundo de reglas sin principios termina en la pesadilla del formalismo y el reglamentismo a ultranza”. Pero antes o después se tropezaría con casos difíciles, en los que la maquinaria de aplicación del derecho rodaría en el vacío y para los que no habría otra salida que la arbitrariedad. ¿Nos encontramos ante el dilema de tener que elegir entre sumisión ciega a las reglas o arbitrariedad?

L. Streck (2013) ya ha advertido que uno de los mayores peligros consiste en la equiparación de los principios a los valores, dado que una parte de los juristas han optado por considerar los principios constitucionales como un sucedáneo de los principios generales del Derecho o como una especie de soporte de los valores de la sociedad. Es como si el nuevo constitucionalismo hubiera acogido una positivación de los valores. Ese anuncio facilita la creación, en un segundo momento, de todo tipo de principios, “como se o paradigma do Estado democrático de Direito fosse a ‘pedra filosofal da legitimidade principiológica’, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quanto necessários para solucionar os casos difíceis ou ‘corrigir’ as incertezas da linguagem” (STRECK, 2013, p. 147).

En el desempeño de su función jurisdiccional los tribunales han de observar no sólo principios morales sustantivos sino también principios políticos formales, de carácter organizativo y procedimental. No deben decidir sólo sobre la base de consideraciones materiales de justicia y de equidad sino tomando en consideración también principios formales – como el principio de irretroactividad y el principio de legalidad en materia penal – y, también, principios organizativos y procedimentales como los principios de jerarquía y competencia vinculados a la idea de división de poderes.

Los textos constitucionales ponen de manifiesto una tensión entre el electo autoritativo o institucional y el sustantivo o valorativo:

Tensión que se manifiesta en la pugna entre concepciones constitucionales y que se expresa, si la vemos desde el prisma de la diversidad de normas regulativas, en el contraste entre reglas y principios y, si atendemos a la perspectiva de la diversidad de razonamientos jurídicos justificativos, en el contraste entre subsunción y ponderación. (...) En nuestra opinión, lo que debe de orientar el trabajo del jurista que pretenda operar con sentido en el marco de los Estados constitucionales no es, desde luego, el desprecio de las autoridades, de las reglas o de la subsunción sino el propósito (...) de lograr algún tipo de ajuste que integre en un todo coherente la dimensión autoritativa del Derecho con el orden de valores expresado en los principios (AGUILÓ; ATIENZA; RUIZ MANEO, 2007, p. 16-8)

7 EL PELIGRO DE LA DERIVA HACIA UN NEOCONSTITUCIONALISMO ÉTICO

De lo que acabamos de exponer no debe interpretarse que defendamos un constitucionalismo ético. Nos adherimos al concepto que sostiene Prieto Sanchís (2003, p. 103-4) denominando *constitucionalismo ético* a una corriente de pensamiento que constituiría una de las versiones del neoconstitucionalismo y que, a partir de la constatación de que las democracias constitucionales incorporaran un buen número de principios morales en la cúspide de sus sistemas jurídicos, viene a sostener con nuevos argumentos la vieja tesis de la conexión necesaria entre el Derecho y la moral y, consiguientemente, a defender también una obligación moral de obediencia al Derecho. Es cierto que uno de los puntos más álgidos en la polémica sobre el neoconstitucionalismo es precisamente el de si la ética tiene un lugar reservado en los textos constitucionales. Todo ello parte de la propia dificultad de incluir dimensiones éticas en el concepto del Derecho, como propone la corriente del iusnaturalismo y algunas de las versiones renovadas del positivismo actual, desembocando en un intento de legitimación del derecho. Incluso puede darse el caso de que los textos constitucionales acaben cayendo en la tentación de legitimar moralmente los sistemas jurídicos. Su juridicidad implicaría en cierta forma su moralidad, pues serían la base de cada una de las decisiones normativas que se dictaran. Prieto (2003) ya ha advertido del peligro de transitar hacia una especie de *constitucionalismo ético*, donde el carácter supremo de la Constitución, tanto jurídico como moral, traería como consecuencia – poco lógica – la necesaria obediencia por razones morales a la Constitución y también a las leyes y normas dictadas conforme a la misma.

La recepción a nivel constitucional de los derechos fundamentales por parte del Estado constitucional hace en cierta medida redundante y de limitado interés práctico el recurso a argumentos iusnaturalistas. El positivismo, por su parte, ya hemos visto que ha sido revisado en algunos de sus aspectos, reconduciéndose a un positivismo *soft*. De todo ello cabe deducir que también en los textos constitucionales se puede exigir un *minimum de moralidad*. Tal vez la clave última de la actual discusión neconstitucionalista sea la de que se replantea la relación entre el *ser* y el *deber ser* del derecho. Pero hay que advertir que este nuevo constitucionalismo puede minimizar el valor de la doctrina en la construcción del conocimiento jurídico, con el consiguiente fortalecimiento del papel del aplicador de la ley. Cada vez más, los juristas quedan a merced de las decisiones de los tribunales, lo que puede acabar abriendo la puerta a discrecionalidades, decisionismos o arbitrariedades.

No nos atrevemos a calificar el neoconstitucionalismo de *nuevo paradigma*. Sea más o menos novedoso, lo cierto es que hay cuestiones tradicionales que la teoría del derecho aborda de manera diferente. La configuración de una teoría del derecho neoconstitucional es una tarea *in fieri*. Y además, no exenta de dificultades. Como acertadamente ha advertido A. E. Pérez Luño (2010, p. 59), “los postpositivismos y las neodogmáticas implican el riesgo de generar dosis de indeterminación y equivocidad conceptual incompatibles con el rigor y la claridad requeridos por la teorización del derecho”. Se corre el riesgo de querer que las Constituciones del neoconstitucionalismo, al incorporar elementos morales y axiológicos, acabe derivando en un *neoconstitucionalismo de teólogos* y no de juristas. Hay que evitar el riesgo de que por querer ser tan ambiciosos acabemos diseñando un neoconstitucionalismo simbólico que por afán de ser *justo*, acabe pecando de *arbitrario*.

REFERENCIAS

AA.VV. *Anuario de filosofía del derecho*, T.XXIX. Madrid: Ministerio de Justicia/Gobierno de España/BOE, 2013.

AGUILÓ, J. ATIENZA, M. y RUIZ MANEO, J. *Fragmentos para una teoría de la constitución*. Madrid: Iustel, 2007.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, trad. al castellano de J.M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1994.

AMADO, Juan Antonio García. *Derechos y pretextos*. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo. Disponible en <www.geocities.ws/jagamado/pdfs/PRETEXTOS.pdf>. Acceso el 22 feb. 2014.

ATIENZA, M. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

ATIENZA, M.; MANERO, J. R. *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta, 2000.

ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco. Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta. En: *El cronista del estado social y democrático de derecho*, nº0. Madrid: Iustel, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*. (El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil). México: UNAM, IJ, 2008.

BAYÓN, Juan Carlos. Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En: J. Betegón, F. Laporta, J.R. del Páramo y L. Prieto Sanchís (cords.), *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y sociales, 2004.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. Otra lectura de la Constitución: el neoconstitucionalismo. En: *Revista interdisciplinaria de direito. Os caminhos da constitucionalização do direito*. Ano 1, nº1. Faculdade de Direito de Valença: 2008.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. Temi di Teoría Giuridica: L'interpretazione della costituzione e dei diritti fondamentali. En: *Annali del seminario giuridico*, Vol. VII (2005-2006). Milano: Giuffrè Editore, 2007.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo. En: *El positivismo jurídico a examen*. Estudios en homenaje a J. Delgado Pinto, coordinado por M.A. Rodilla y J. A. Ramos Pascua. Universidad de Salamanca, vol. II, 2006.

BERNAL PULIDO, Carlos. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. En: Carbonell, M. (Editor), *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta-instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, 2007.

CARBONELL, Manuel (Editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CARBONELL, Manuel,(Editor). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, 2007.

CARRIÓ, G. Una defensa condicionada de la judicial review. En: Carlos Nino y otros, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991.

COMANDUCCI, Paolo. Las conexiones entre el derecho y la moral, *Revista Derechos y libertades*, 12. Madrid: Universidad Carlos III-BOE-Instituto Bartolomé de las Casas, 2003.

COMANDUCCI, Paolo. Modelos e interpretación de la Constitución. En: M. Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, 2007.

DÍAZ, Elías. *Ética contra política*. Los intelectuales y el poder. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1990.

DWORKIN, R. *Law's Empire*. Trad.: *El imperio del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1988.

DWORKIN, R. *Taking rights seriously*. Trad.: Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1984.

ELSTER, Jhon. *Ulises y las sirenas*: estudios sobre racionalidad e irracionalidad. Trad. de J.J. Utrilla. México: FCE, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. En: *Giurisprudenza costituzionale*, Anno LV, Fasc.3. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia (2007). Trad. de P. Andrés, J.C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto y A. Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011.

FERRERES, V. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997.

FERRERES COMELLA, Vicente. Una defensa de la rigidez constitucional. En: *Doxa* 23, Alicante, 2000.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Derechos y pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo. En: M. Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, 2007.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. La filosofía del derecho en España hoy. Un balance pesimista. En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº44. Granada: Universidad de Granada, 2010.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. La interpretación constitucional. En: *Revista jurídica de Castilla y León*, nº2, Junta de Castilla y León, febrero, 2004.

GARCÍA DE ENTERRARÍA, E. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo. En: A. García Figueroa coord., *Racionalidad y derecho*. Madrid: CEPC, 2006.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad*. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos. Madrid: Trotta, 2009.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Norma y valor en el neoconstitucionalismo. En: *Revista brasileira de direito constitucional* 7, 2006.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Ser o no ser normativo: un dilema para el positivismo jurídico. En: Dimulis, E./Ramos Duarte, E.O., *Teoria do direito neoconstitucional*. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico. São Paulo: Método, 2008.

GARCÍA PELAYO, Manuel. Estado legal y estado constitucional de derecho. En: *Obras completas*. Madrid: CEC, vol.III, 1991.

GARGARELLA, R. *La justicia frente al gobierno*. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Representación y democracia. En: *Doxa* 6, Alicante, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, 1989.

GIZBERT-STUDNICKI, T.; PIETRZYKOWSKI, T. Positivismo blando y la distinción entre derecho y moral. En: *Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 27. Alicante, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, 2004.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: Carbonell, M., (Editor), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

HART, Herbert L.A. El nuevo desafío del positivismo jurídico. En: *Sistema*, nº36, trad. de F. Laporta, L. Hierro y J.R. del Páramo. Madrid: Nueva época, 1990.

JIMÉNEZ DEL CAMPO, José. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1979.

KELSEN, Hans. *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Ed. de J. Ruiz Manero. Madrid: Debate, 1988.

LAPORTA, F. J. *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007.

LAPORTA, F. J.; MANERO, J. R.; RODILLA, M. A. *Certeza y predicibilidad de las relaciones jurídicas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

LINARES, Sebastián. *La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

MARTÍNEZ ZORRILLA, David. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

MATTEUCCI, Nicola. Positivismo giuridico e costituzionalismo. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 3, vol.XVII, 1963.

MORESO, José Juan. *La constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

NINO, C. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. La filosofía del derecho como tarea: cuestiones y trayectorias de investigación. En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de ACFS*. Granada: Universidad de Granada, nº44, 2010.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Trayectorias contemporáneas de la filosofía del Derecho*. Lima: Palestra, 2005.

PINO, Giuseppe. Il positivismo giuridico di fronte allo Stato Costituzionale. En: P. Comanducci y R. Guastini (Editores), *Analisi e diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998.

POZZOLO, Susana. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. En: *Doxa*, nº21, Alicante, 1998.

POZZOLO, Susana. *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*: Torino, Giappichelli, 2001.

POZZOLO, Susana. Un constitucionalismo ambiguo. En Carbonell, M., (Editor), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2005.

- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos*. Ensayos de filosofía jurídica. Madrid: Trotta, 2013.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos). En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de ACFS. Granada, n°44, 2010.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. Réplica a Juan Antonio García Amado. En: Carbonell, M., *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. En: *Doxa*, 23, 2000.
- RAMOS DUARTE, Écio Oto. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição: São Paulo: Landy Editora, 2006.
- RUIZ MIGUEL, A. La democracia constitucional. En: Aurelio Arteta (ed.), *El saber del ciudadano*. Las nociones capitales de la democracia. Madrid: Alianza editorial, 2008.
- SCHIAVELLO, A. *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.H. Hart: un'introduzione critica*. Torino: G. Giappichelli, 2002.
- SERNA BERMÚDEZ, P. Neoconstitucionalismo e interpretación. Dos reflexiones en torno a la interpretación constitucional. En: J.M. Azcona Pastor/P. Torres Estrada (Comp.), *Neoconstitucionalismo y estado de derecho*. México: Limusa, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.
- VAZQUEZ, R. Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario. En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de ACFS. Granada: Universidad de Granada, n°44, 2010.
- ZAFFARONI, Raul E. Dimensión política de un poder judicial democrático. En: M. Carbonell, H. Fix-Hierro y R. Vázquez (comps.), *Jueces y derecho*. Problemas contemporáneos. México: Porrúa-UNAM, 2004.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Trad. al castellano de M. Gascón, epílogo de G. Peces-Barba. Madrid: Trotta, 1995.

DEBATING NEO-CONSTITUTIONALISM: BETWEEN PRINCIPLES AND ARBITRARINESS

ABSTRACT: The evolution from a legalist State model to a constitutional one has led to a re-reading of the constitutional text in a neo-constitutional context. The neo-constitutionalist theory opens some questions that will be analyzed, such as the neo-constitutionalist approach (standard, with a principle-based focus, and guarantor, with a positivist bias), the concept and the arguments for and against such trend. The author will analyze the main elements of discussion on neo-constitutionalism, paying particular attention to three controversial issues. Firstly, the connection between moral and law; secondly, the power balance between legislators and judges, and thirdly, if the principle-based doctrine involves a greater degree of justice, or, quite the opposite, is just leading to an arbitrary system. Finally, the author makes a warning, pointing how the neo-constitutionalism, in its extreme, may turn into an ethical constitutionalism.

KEYWORDS: Arbitrariness. Ethical constitutionalism. Judiciary. Neo-constitutionalism. Principle-based theory.

Recebido: 17 de março de 2014

Aprovado: 27 de março de 2014