

¿DOS O TRES NEOCONSTITUCIONALISMOS?

1.NEOCONSTITUCIONALISMOS “DESCRIPTIVOS” Y “NORMATIVOS”: En obras que sirvieron para hacer conocer y difundir en nuestro continente a la teoría jurídica del “neoconstitucionalismo” ,se habló sin distinción de aquellos autores contemporáneos que formaban parte de ésa orientación ,a los que finalmente se los identificaba por estar abocados a explicar a los Estados de Derecho Constitucional que Europa continental había ido construyendo a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. A ese respecto, una de las obras destacadas y pioneras en nuestro continente que podemos recordar,es la de Miguel Carbonell “Neoconstitucionalismo(s)” publicada en por Editorial Trotta de España en el año 2003.De ese modo,bajo aquél rótulo,se agrupaban autores muy diferentes en cuanto al contenido de sus propuestas ,como también en torno a los presupuestos filosóficos en los que se apoyaban,aunque todos coincidían en los temas y conceptos de los que se ocupaban sus respectivas teorías neoconstitucionalistas. Así quedaron reconocidos como exponentes típicos de esas visiones elaboradas en las últimas décadas del siglo anterior, autores como Alexy,Dworkin,Nino, Zagrebelsky, Ferrajoli, Atienza,Moreso,Comanducci, etc.

En el listado característico de las cuestiones analizadas (al margen de las respuestas que los distintos autores brindaban) en aquellas lecturas neoconstitucionalistas están entre otros: la defensa de la Constitución convertida en fuente del derecho; la pregunta por la existencia de una razón práctica; las posibilidades de un saber jurídico directivo y no meramente descriptivo; las diferencias entre reglas y principios; las tensiones entre la legislación y la judicialización; la justificación y operatividad de los derechos fundamentales; los límites y características de la democracia ;la discrecionalidad y la ponderación judicial; las relaciones entre el derecho y la moral; la pregunta de si sólo moral social o positiva o también moral racional ;la validez sustancial o material de las reglas jurídicas; la crisis de los sistemas jurídicos “fuertes” o kelsenianos,etc. Precisamente, el rasgo común y distintivo de los autores neoconstitucionalistas “descriptivistas” es asumir y estudiar la agenda que imponía el nuevo paradigma del Estado de Derecho Constitucional (EDC) que Europa había construido después de la segunda guerra mundial ,en reemplazo del Estado de Derecho Legal (EDL) forjado originariamente en la Francia revolucionaria y codificadora desde fines

del XVIII y durante el XIX. Pero más allá de esa coincidencia temática nos parece que corresponde hablar de neoconstitucionalistas “normativos” reconociendo en esa perspectiva a los autores que no se limitan a estudiar al EDC sino que lo respaldan y lo promueven. De ese modo, mientras los neoconstitucionalistas “descriptivistas” se reconocen por la materia de la que se ocupan, los neoconstitucionalistas “normativistas” tienen como nota distintiva el esforzarse por respaldar y auspiciar al EDC, así por ejemplo, Comanducci está en aquella lista pero habría que excluirlo de la última.

2.DOS NEOCONSTITUCIONALISMOS: EL POSITIVISTA Y EL NO-POSITIVISTA: Fue especialmente Luigi Ferrajoli el que se encargó de poner claridad en las filas neoconstitucionalistas ¹ afirmando categóricamente la presencia de dos grupos: por un lado, aquellos a los que llamó no-positivistas (incluso iusnaturalistas o tendencialmente iusnaturalistas de matriz anglosajona), entre los que identificó explícitamente a Alexy, Dworkin, Zagrebelsky, Nino, Atienza, Ruiz Manero y García Figueroa; pero, por otro lado, en el restante grupo Ferrajoli se reconoció a él mismo, autoidentificándose como “positivista crítico”, y sin ninguna disposición a hacer concesiones que lo apartaran del positivismo construido bajo la tesis hobbesiana: “auctoritas, non veritas, facit legem”. Por mencionar algunas de las afirmaciones principales de ese “positivismo crítico” ferrajoliano (diferenciado confesadamente y explícitamente del paleopositivismo kelseniano) recordemos respecto al tema objeto de este escrito: a) el rechazo a una razón práctica, lo que conlleva a que “los valores se asumen pero no se justifican”, denunciando a todos los objetivismos y cognitivismos éticos por degenerar en absolutismos; b) el reivindicar un derecho constituido por reglas que pueden aplicarse subsuntivamente; c) la desconfianza en la judicialización del derecho, atento a que los jueces ostentan un “poder-saber” y la creación de derecho los deslegitima; d) el compromiso político de los juristas que exige denunciar lagunas y antinomias en orden a lograr que el “deber ser” contenido en la Constitución, se convierta en “ser” derecho; e) defensa de la democracia sustancial –y no meramente procedimental como la del Estado de derecho legal- en donde hay cuestiones ya decididas que están

¹ Cfr. Luigi Ferrajoli “El constitucionalismo entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. Una propuesta de revisión terminológica”, Doxa, n°34, Alicante, 2011, p.15-53.

sustraídas de la voluntad popular; f) promoción del proyecto constitucional llevándolo del plano nacional al internacional , garantizando a la totalidad de los derechos fundamentales también en las relaciones entre particulares; etc.

Como ya dijimos hay autores que estudian o se ocupan del EDC ,lo cual permite reconocerlos como neoconstitucionalistas “descriptivistas” ,pero muchos de ellos están lejos de entusiasmarse con el mismo,de modo que lo critican y se limitan -cuando lo tratan- a perspectivas meramente explicativas o descriptivistas. En general esos doctrinarios son los que mantienen firmes convicciones positivistas (aunque hay también iusnaturalistas clásicos que desconfían teóricamente de todos los neoconstitucionalistas en razón de que los ven como iuspositivistas disimulados) sin adherir a las tesis “críticas” típicamente ferrajolianas,y,por supuesto,muy alejados de los neoconstitucionalistas “normativistas”. Un buen ejemplo de los mismos puede ser el ya mencionado Comanducci (al que Ferrajoli acusa de paleopositivista) o también Guastini,pues ellos -con convicciones antiferrajolianas- no están dispuestos a respaldar teorías o saberes normativistas, dado que tal concesión supondría romper la perspectiva cognoscitivista que sólo le corresponde a la ciencia .Pero también están aquellos positivistas que mantienen una inercial y ortodoxa perspectiva con dicha teoría (por ejemplo Bulygin) desinteresándose de principios,derechos humanos,de éticas constructivistas,de conexiones entre el derecho y otras dimensiones de la realidad,y por eso insisten en normas,en la dimensión justificatoria meramente formal o lógica,en interesarse privilegiadamente por la dimensión sintáctica del lenguaje,etc.

Hablando de positivistas “ortodoxos” y también de “heterodoxos” (neoconstitucionalistas descriptivistas) resulta oportuno traer a colación la conclusión a la que arriban Atienza y Ruiz Manero en el sentido que la teoría positivista,en cualquiera de sus versiones (incluyentes,excluyente o ética) ,resulta hoy inadecuada para hacerse cargo de la realidad que conlleva el EDC² . Es que conviene tener en cuenta que todo modelo de Estado de Derecho necesita de una teoría que lo respalde,explique y apoye ,y precisamente,fue la teoría positivista legalista inicialmente y

² Cfr.M.Atienza-J.Ruiz Manero “Dejemos atrás al positivismo jurídico” ,Isonomía,Nº27,octubre 2007,Instituto Tecnológico Autónomo de México.

luego la kelseniana, las que resultaron funcional al EDL, por eso al cambiar la realidad se debilita sensiblemente ese favor que recibe prestándole aquellas perspectivas un importante servicio teórico y práctico a los juristas. En la propuesta aludida de los catedráticos de Alicante pareciera que la opción neoconstitucionalista responde a exigencias coyunturales o históricas; sin embargo está claro que autores como Alexy, su teoría neoconstitucionalista se apoya en exigencias esenciales o conceptuales que no tienen en cuenta necesariamente los cambios experimentados en la realidad contingente del derecho.

3. ¿UN TERCER NEOCONSTITUCIONALISTA IUSNATURALISTA?: En síntesis, desde la señalada perspectiva ferrajoliana el panorama neoconstitucionalista se divide entre no-positivistas y los positivistas críticos. Pero lo que pretendemos preguntarnos a continuación es si aquella división defendida por el profesor italiano resulta suficientemente exhaustiva, o si es posible reconocer otro grupo neoconstitucionalista. Adelantando la respuesta, nos proponemos defender la posibilidad y presencia de autores estrictamente iusnaturalistas que coinciden con los no-positivistas (Alexy, Dworkin, Nino, Zagrebelsky o Atienza) en sus tesis jurídicas centrales, aunque se apartan en el plano de los fundamentos y, consiguientemente, en algunas respuestas relevantes, especialmente vinculadas a problemas éticos de la agenda social actual. En efecto, pensando en autores del “civil law” (hay que advertir que el fenómeno del neoconstitucionalismo generado en el EDC es propiamente del derecho continental) como Andrés Ollero o Pedro Serna en España; Francesco D’Agostino o Francesco Viola en Italia; Gabriel Mora Restrepo en Colombia; Antonio Flores Saldaña en México, Alfonso Santiago, Renato Rabbi Baldi, Daniel Herrera o Juan Cianciardo en nuestro país, es posible identificar que ellos, desde convicciones iusfilosóficas iusnaturalistas o realistas clásicas (los nombrados están en cátedras de filosofía del derecho, la única excepción es Santiago que es constitucionalista, pero por supuesto que se podría ampliar la excepción con otros constitucionalistas), se ocupan y desarrollan el aparato conceptual privilegiado por los neoconstitucionalistas no-positivistas, y también respaldan en términos generales al Estado de Derecho Constitucional. En ese neoconstitucionalismo iusnaturalista, como también en el otro no-positivista, los autores identificables son principalmente iusfilósofos, dado que en buena medida ellos desarrollan su disciplina específica con material constitucional, empleando un aparato conceptual que requiere o

provee la filosofía jurídica; aunque también encontramos algunos específica o estrictamente constitucionalistas (Zagrebelsky en Italia o Santiago en Argentina) que apelan y cuentan con formación e interés por aquella perspectiva gnoseológica.

Más allá de todos los matices que correponde hacer en la lectura, nos parece que muchas de las tesis de los neoconstitucionalistas no-positivistas remiten a tesis defendidas por ese otro grupo de teóricos que pueden identificarse como no-positivistas iusnaturalistas. Incluso, podría destacarse que muchas de las tesis que hoy defienden típicamente los neoconstitucionalistas en su enfrentamiento y diferenciación con los positivistas, coinciden en lo sustancial con posiciones que desde siempre enarbolaron los iusnaturalistas. Es que hasta la aparición de aquellas propuestas neoconstitucionalistas en la segunda parte del siglo XX (aunque privilegiadamente en las tres últimas décadas) las discusiones con los positivistas eran asumidas casi exclusivamente por los iusnaturalistas. Queda claro que los neoconstitucionalistas no-positivistas reconocidos por Ferrajoli como “constitucionalistas principialistas o argumentativos” o iusnaturalistas o tendencialmente iusnaturalistas, (nosotros los llamaremos simplemente como “no-positivistas”), pues ninguno de ellos consentiría esa adscripción al iusnaturalismo, e incluso sus conexiones con Kant y el constructivismo moral justifica ese explícito rechazo, por ello, y consecuentemente, denominaremos neoconstitucionalistas iusnaturalistas a los autores que de manera directa o indirecta (por ejemplo a través de la hermenéutica) remiten al realismo jurídico clásico de raigambre aristotélica y/o tomista (más allá de todas las variantes que se constatan en dicha corriente)³³.

En orden a identificar aquellas coincidencias recordemos algunas tesis tradicionalmente iusnaturalistas y que hoy avalan los neoconstitucionalistas no-positivistas (más allá de precisiones y matices), así : a) reconocen un límite moral dilucidado racionalmente para el derecho; b) se apartan de las visiones que reducen el derecho a reglas, y reclaman en el mismo principios y valores ; c) confían en la existencia de una razón práctica idónea para resolver conflictos morales por medio de ponderaciones; d) prestan atención privilegiada a los casos concretos, y no sólo a los casos genéricos y fáciles; e) sin perjuicio de conceptos “descriptivistas” del derecho, entienden que la definición más explicativa

³³ Cfr. mi libro “El iusnaturalismo actual (de M. Villey a J. Finnis)”, Ed. Fontamara, México, 2003

incluye necesariamente valoraciones; f) el análisis de la validez de una norma jurídica no puede reducirse a la dimensión justificatoria formal o lógica, pues debe incorporar el contenido; g) importa la racionalidad práctica sustancial, pero también importa la racionalidad procedimental; h) la filosofía jurídica constituye un saber jurídico específico diferenciado de la ciencia jurídica, y es imprescindible para operar el derecho; i) el concepto del derecho termina siendo interpretativo o argumentativo; j) el sistema jurídico que puede postularse requiere apertura, dinamismo, pluralidad y flexibilidad, poniéndose a prueba en los casos resueltos; k) defienden una teoría amplia de las fuentes del derecho no atada a soberanías nacionales, a nóminas exhaustivas ni a jerarquías apriorísticas; l) asumen una preocupación orientada a la vigencia de la democracia y los derechos humanos; ll) reconocen el papel decisivo de los jueces a la hora de controlar la validez jurídica de todas las normas; m) admiten que el contenido moral de los derechos impregna a todo el derecho; n) postulan controlar desde una moral racional a las morales sociales vigentes; o) defienden una filosofía o razón práctica con sus dimensiones morales, políticas y jurídicas; etc

Sintetizando las coincidencias entre las referidas perspectivas podría decirse que ellas rechazan las tres tesis centrales, que a entender de Bulygin⁴, son las que caracterizan al positivismo: la tesis conceptual de la positividad del derecho, en tanto admiten que existen contenidos inadmisibles o necesarios para el derecho; la tesis epistemológica que reclama un punto de vista descriptivo, sin conexiones con valoraciones o prescripciones, dado que privilegian un conocimiento que las incluya; y la tesis del escepticismo ético o axiológico, pues frente al rechazo de cualquier razón práctica de los positivistas, los neoconstitucionalistas no positivistas y los iusnaturalistas defienden cierto cognitivismo y objetivismo ético.

4. LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS NEOCONSTITUCIONALISTAS NO-POSITIVISTAS Y LOS IUSNATURALISTAS: Fácil es advertir que son muchas las coincidencias entre los neoconstitucionalistas no-positivistas

⁴ Eugenio Bulygin "Validez y positivismo" en "Comunicaciones-Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho", La Plata (Argentina), 1987, vol. I, ps. 241 y ss.

y los neoconstitucionalistas iusnaturalistas, pero no es viable su directa asimilación porque entre ellos se detectan controversias en el terreno de las fundamentaciones, las que terminan proyectándose en propuestas diferentes, especialmente en el campo de las soluciones a problemas típicos de la ética social contemporánea. En efecto, estamos pensando en cuestiones de una enorme relevancia como aborto, eutanasia, dignidad humana, matrimonio homosexual, etc, y esas diferencias concluyen muchas veces neutralizando las significativas coincidencias que se comprueban en el campo de la teoría jurídica. Sorprendentemente esas posturas disonantes terminan teniendo más peso en la vida académica a la hora de identificar autores cercanos y distantes. Quizás ello se explique por la importancia de las cuestiones, pero también habría que agregar la irracionalidad y los prejuicios que muchas veces acompañan a esas discusiones morales.

Intentando encontrar una explicación para aquellas diferencias, y dejando a salvo las grandes coincidencias, nos parecen que ellas remiten a la visión gnoseológica que tiene un significativo impacto en la teoría antropológica y en la ética. De ese modo resulta que los neoconstitucionalistas no-positivistas no asimilan miembro de la especie humana con persona, atento a que ésta requiere de la capacidad o posibilidad de desarrollar ciertas funciones, mientras que los iusnaturalistas parten de un "personalismo ontológico", y así todo miembro de la especie humana es persona y titular de derechos indisponibles por nadie. En términos gnoseológicos lo que está en juego es si es posible conocer las cosas, dado que mientras en el realismo aristotélico la verdad se alcanza cuando nos "adecuamos" con nuestra inteligencia a ellas y decimos lo que son y lo que no son; en el "idealismo crítico" kantiano la verdad y el conocimiento parte de lo que aportan las sensaciones, pero para alcanzarlo es necesario "construirlo" mediante las formas a priori de la inteligencia y la sensibilidad que aporta el sujeto. Es cierto que a la hora de explicar las diferencias también podríamos apelar al papel de la libertad o la autonomía en orden a crear la moral, dado que no obstante que los neoconstitucionalistas no-positivistas hablan de algún cognitivismo y objetivismo, dicho conocimiento no termina de comprometer una generosa libertad individual anexada a una cierta desconfianza con lo vinculado a bienes comunes. En cambio en el realismo se parte de la naturaleza humana que es individual y es social, por ende, hay bienes que se alcanzan con el esfuerzo individual y otros junto a otros (bienes

comunes), aunque adviertan que el bien es siempre de la persona de carne y hueso ,pues la sociedad no es una sustancia sino está en el plano accidental.

5.CONCLUSION: Más allá de la realidad novedosa,importante y sugerente propia del EDC, hay autores que siguen más ligados al Círculo de Viena que a Kant y sin la más mínima conexión o interés por Aristóteles. Ellos ignoran la rehabilitación de la razón práctica en cualquiera de sus manifestaciones,y se mantienen interesados por elaborar una ciencia jurídica que sea “objetiva y exacta” como se propuso Kelsen,por eso no les preocupa responder preguntas coyunturales o contingentes, y, mucho menos,ceder a la tajante y central distinción entre lo que “es” derecho y aquello que siempre irracionalmente se propone como “deber ser” o como mejor en el terreno de las “cosas humanas”. Así, esos positivistas prescindan de las discusiones suscitadas por los neoconstitucionalistas,y si llegan a ocuparse casualmente de alguna de ellas, carece de relevancia en relación a sus propuestas teóricas o científicas.

Como hemos dicho, están también los que efectivamente se ocupan del EDC, e incluso ése tratamiento les sirve para enriquecer o precisar a sus respectivas teorías,pues a ellos los hemos llamado arriba neoconstitucionalistas .Dentro de éstos encontramos los que no sólo se ocupan y describen al EDC (“neoconstitucionalistas descriptivos”) sino que lo avalan y promueven llegando a ser esa realidad una pieza clave de sus elaboraciones doctrinarias,y pensamos que es a ellos a los que deberíamos llamarlos “neoconstitucionalistas normativistas o valorativistas”,en tanto sus teorías descansan y respaldan en buena medida en los temas o conceptos incluídos en la agenda impuesta por el EDC.

En el espacio de los neoconstitucionalistas normativistas (valorativistas) o en sentido estricto nos valimos de la distinción que efectúa Ferrajoli: los no-positivistas y el positivismo crítico de su autoria. Pero quisimos preguntarnos si había un tercer grupo de autores que explican,avalan y promueven el EDC,y respondimos afirmativamente:los “neoconstitucionalistas iusnaturalistas”,que no siguen a constructivismos kantianos sino al realismo clásico aristotélico. Este último grupo –como lo consignamos- tiene amplias coincidencias con el neoconstitucionalismo no-positivista de los Alexy,Dworkin,Nino,Zagrebelsky o Atienza, pues es obvio que los une el no-positivismo en tanto afirman centralmente que

hay conexiones conceptuales, esenciales y necesarias entre el derecho y la moral (racional y no meramente social o vigente), consecuentemente avalan que no cualquier contenido puede ser derecho, y dentro de las respuestas jurídicas disponibles hay peores y mejores, pudiendo la razón práctica dar razones de ese juicio y elección, pero los separa sus fundamentos o bases filosóficas. En efecto, aquellos rechazan cualquier metafísica que pretenda apoyarse en la realidad de las cosas, y más bien prefieren que sus propuestas racionales éticas o axiológicas remitan a presupuestos contrafácticos o totalmente históricos, mientras que los iusnaturalistas intentan apoyarse en la naturaleza humana (captada en el ser mismo del hombre como en Kalinowski, o en la experiencia humana que conoce por evidencia bienes humanos básicos como en Finnis). Sin duda que la antropología y la teoría del conocimiento de unos y otros tiene una relevancia decisiva en la divisoria de aguas.

A los fines de visibilizar esas diferencias (dejando a salvo que todos son neoconstitucionalistas normativistas o en sentido estricto y también no-positivistas), nos parece que podríamos llamar a los primeros (Alexy, Dworkin, Nino, Zagrebelsky, Atienza, etc) de no-positivistas constructivistas o kantianos, mientras que a los otros los denominaríamos no-positivistas personalistas o aristotélicos.

En síntesis, habría neoconstitucionalistas descriptivistas o en sentido amplio (se ocupan del EDC) y normativistas, valorativistas o en sentido estricto (avalan y promueven el EDC). Estos últimos se dividirían entre: positivistas críticos (Ferrajoli), no-positivistas constructivistas o kantianos (Alexy, Nino, Atienza, etc) y no-positivistas personalistas o aristotélicos (Ollero, Santiago, Herrera, etc).

Quizas convenga sincerar una última duda acerca de si el rótulo más apropiado es “neoconstitucionalismo iusnaturalista” o “iusnaturalismo neoconstitucionalista”, y nos parece que la respuesta más correcta es la última, dado que corresponde que el sustantivo sea el género “iusnaturalismo”, el que puede adjetivarse con “neoconstitucionalista”; o sea, hay diferentes versiones “iusnaturalistas realistas clásicos”, más allá de los matices generados en las particulares perspectivas teóricas o en sus proyecciones especiales a diferentes realidades históricas. Sin embargo, optamos por la otra denominación de “neoconstitucionalismo iusnaturalista” dado que con la misma se subraya las coincidencias con esa nueva teoría de enorme proyección, posibilitando un dialogo seguramente fructífero en orden a reconocer afinidades y diferencias. Más

allá de las tesis constitutivas y tradicionales del iusnaturalismo realista, es importante destacar su proyección histórica posibilitando la lectura y justificación de las notas más importantes que ofrece el EDCD, pues, así, al hablar de “neoconstitucionalismo” el “iusnaturalismo” queda forzosa y legítimamente incorporado a los debates iusfilosóficos actuales, evitando que los prejuicios que suscita la escuela obstaculicen su inclusión a la discusión. Es indiscutible que el tiempo afecta y cambia convenciones lingüísticas, imponiendo conceptos y modos mejores y peores para hablar de las cosas, y esa enseñanza es para todas las orientaciones que pretenden mostrar las verdades y persuadir racionalmente. En definitiva, hoy clara y predominantemente debatimos sobre la realidad del EDCD y cómo entenderla para operarla, enseñarla, orientarla o promoverla, y en éste trabajo junto a los positivistas y a los kantianos, también está presente el realismo jurídico clásico.

Rodolfo L.Vigo