

NEOCONSTITUCIONALISMO: DOS (O TRES) PERROS PARA UN SOLO COLLAR

NOTAS A PROPÓSITO DEL CONSTITUCIONALISMO JUSPOSITIVISTA DE LUIGI FERRAJOLI*

Alfonso García Figueroa

Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN. El objeto de este trabajo consiste en criticar la compatibilidad asumida como posible por Luigi FERRAJOLI entre el positivismo jurídico y el llamado «neoconstitucionalismo», lo cual vale para cualquier significado coherente posible de esta ambigua corriente jurídica. Los argumentos principales son los siguientes: 1) El neoconstitucionalismo no es compatible con el esencialismo que no sólo positivistas, sino también jusnaturalistas asumen implícitamente al definir Derecho. 2) El neoconstitucionalismo tampoco es compatible con el formalismo de FERRAJOLI. 3) El neoconstitucionalismo no es compatible con la tesis de la separación. 4) El neoconstitucionalismo no es compatible con la metaética que subyace a la filosofía jurídica de FERRAJOLI.

Palabras clave: FERRAJOLI, Derecho, moral, neoconstitucionalismo, positivismo jurídico.

ABSTRACT. The aim of this essay is to criticize the compatibility assumed as possible by Luigi FERRAJOLI between legal positivism and the so-called «neoconstitutionalism»; this applies to every possible coherent meaning of this ambiguous legal trend. The main arguments are the following: 1) Neoconstitutionalism is not compatible with the essentialism that not only positivistic but also natural law authors implicitly assume when defining Law. 2) Neoconstitutionalism is not compatible with FERRAJOLI's legal formalism either. 3) Neoconstitutionalism is not compatible with the separation thesis. 4) Neoconstitutionalism is not compatible with the metaethics that underlies FERRAJOLI's legal philosophy.

Keywords: FERRAJOLI, law, morality, neoconstitutionalism, legal positivism.

* Fecha de recepción: 10 de enero de 2011. Fecha de aceptación: 7 de febrero de 2011.

L. FERRAJOLI, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», trad. Nicolás GUZMÁN, en este volumen. En lo sucesivo me referiré a esta obra con la abreviatura CPCG seguida del número de página.

1. «NEOCONSTITUCIONALISMO»: UN MEME JURÍDICO A LA ESPERA DE SU BELLAGIO

Anadie debe asombrar que el fulgurante éxito del término «neoconstitucionalismo» suma al jusfilósofo experto en la desconfianza o el escepticismo sobre su presunta originalidad. Y quizá nada más tentador para preservar esa actitud distante frente a otra moda teórica más, que confinarla en su *contexto de descubrimiento* y ver así en el término poco más que un *meme* afortunado. Desde este punto de vista, el «neoconstitucionalismo» no sería más que una etiqueta biensonante para aglutinar una serie de eslóganes o, más propiamente, una mera unidad de información que pugna por su supervivencia en la cultura de manera análoga a cómo los genes luchan por la suya en los seres vivos y siempre bajo principios darwinistas¹.

A diferencia de lo que suele suceder, el soporte del *meme* «neoconstitucionalismo» no ha sido sólo la comunidad sensiblemente endogámica y caprichosa de los filósofos del Derecho, sino también un buen número de cultivadores de la dogmática constitucional, penal o tributaria que se han sentido atraídos por el neoconstitucionalismo particularmente en Latinoamérica y que han mostrado alguna esperanza en lo que el vocablo pueda referir, probablemente porque «neoconstitucionalismo» es una de esas palabras con las que aún esperamos se pueda *hacer cosas*².

Sin embargo, el éxito real de este *meme* jurídico resulta más bien aparente cuando se repara en tres detalles significativos. Primero: creo que somos pocos quienes nos declaramos «neoconstitucionalistas» abiertamente. La mayor parte de los autores (los simpatizantes *inclusive*) todavía guardan una cautelosa distancia frente a esta etiqueta. Segundo: Tampoco se han declarado neoconstitucionalistas quienes suministran las tesis seminales del neoconstitucionalismo. Me refiero a aquellos «filósofos del Derecho con vocación de constitucionalistas y de constitucionalistas con vocación de filósofos del Derecho»³ que fueron Robert ALEXY, Ronald DWORKIN, Carlos Santiago NINO o Gustavo ZAGREBELSKY, entre otros que nos brindaron en su día el argumentario fundamental sobre el que se ha asentado este movimiento permanentemente *in fieri*. Tercero: Por si fuera poco, el término sí es empleado con profusión por los críticos del neoconstitucionalismo, que han hallado en este neologismo una etiqueta para simplificar y concentrar sus ataques sobre una posición difusa, pero considerada por ellos

¹ La *memética* como una expansión cultural de la genética fue propuesta por el célebre biólogo R. DAWKINS en su conocido trabajo *El gen egoísta*, trad. J. ROBLES SUÁREZ y J. TOLA ALONSO, Barcelona, Salvat, 2002, 8.ª ed., 251. Hoy en día ha aplicado al campo de la ideología los conceptos de la memética J. BALKIN en su obra *Cultural Software: A Theory of Ideology*, New Haven, Yale University Press, 1998.

² En el sentido austiniano del sintagma «hacer cosas», *ça va sans dire*. En la mala administración de la fuerza performativa de la teoría han basado muchos su crítica al neoconstitucionalismo. FERRAJOLI consigna en este sentido la denuncia de lo que Lenio Luiz STRECK ha llamado la «degeneración panprincipalista» que ha tenido lugar en Brasil a través de la creación jurisprudencial desenfrenada de principios (CPCG, 43, nota 73). No me es posible extenderme ahora sobre la cuestión, pero esta crítica me parece injusta. Una teoría no puede ser evaluada por el mal uso que de ella se haga.

³ Esta feliz descripción *avant la lettre* de los teóricos del neoconstitucionalismo se debe a L. PRIETO, «La doctrina del Derecho natural», en J. BETEGÓN *et al.*, *Lecciones de teoría del Derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, 31-66, aquí 65.

muy endeble. Así pues, el empleo del término «neoconstitucionalismo» ha gozado de fortuna, sí, pero sobre todo entre los adversarios del movimiento que designa, sea cual fuere su significado⁴.

Esta última circunstancia es especialmente relevante. Dada la persistente imprecisión de lo que el neoconstitucionalismo representa, todo hacía temer que el único rasgo verdaderamente común a todos los autores neoconstitucionalistas citados algo más arriba bien pudiera reducirse a la aversión que han provocado habitualmente en las filas positivistas, ya sea por la relativización de la distinción entre Derecho y moral, ya por la insistencia ocasional en la necesidad de renunciar a teorías generales del Derecho, ya por su defensa de la unidad del discurso práctico general, ya por el énfasis sobre la dimensión argumentativa e interpretativa del Derecho, ya por la concepción de la aplicación del Derecho como una tarea escasamente silogística y siempre expuesta a la ponderación judicial, ya, en fin, por la combinación de alguna de estas ideas. Sin embargo, las cosas no han sido tan sencillas dados los diversos planos sobre los que incide el ideario neoconstitucionalista. No sin diferencias sustanciales entre sí, autores rotundamente positivistas como el propio Luigi FERRAJOLI en Italia o Luis PRIETO en España han abogado por un constitucionalismo o neoconstitucionalismo de corte positivista y aquí surgen algunos problemas de orden terminológico, pero también conceptual. Si pretende dejar de ser simplemente un *meme* afortunado y convertirse en una teoría compacta, entonces la cuestión central que aún debe resolver el neoconstitucionalismo seguramente sea el de su presunta compatibilidad con el positivismo jurídico. Tanto Luigi FERRAJOLI como Luis PRIETO creen que esa compatibilidad es posible. A mi juicio, tal compatibilidad es ilusoria⁵.

Todas estas consideraciones corroboran la oportunidad de la «revisión terminológica» con que Luigi FERRAJOLI comienza su trabajo «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» (CPCG, 16 y ss.). Más explícitamente, creo que existen al menos dos razones a favor de esta revisión terminológica. La primera es muy general y cualquiera puede compartirla. La realidad es que la suerte del neoconstitucionalismo como nuevo paradigma jurídico todavía está por ver⁶ y seguramente ello sea así porque

⁴ Pueden verse algunas consideraciones relevantes a este respecto en un iluminador trabajo de L. PRIETO, «Neoconstitucionalismos (Un catálogo de problemas y argumentos)», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010), en prensa.

⁵ He tratado de indicar por qué en dos trabajos sucesivos: «Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista. A propósito de la teoría del Derecho de Luigi Ferrajoli», en M. CARBONELL y P. SALAZAR (comps.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005, 267-284, y «El neoconstitucionalismo excéntrico de Luigi Ferrajoli», en G. MARCILLA (ed.), *Constitucionalismo y garantismo*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2009, 99-133.

⁶ En el área italoiberoamericana el impacto está siendo sostenido. Particularmente ilustrativo es el interés, cuando no la adhesión, que ha concitado el neoconstitucionalismo en Brasil. *Vid. e. g.*: R. QUARESMA *et al.* (coords.), *Neoconstitucionalismo*, Río de Janeiro, Companhia Editora Forense, 2009, y C. PEREIRA DE SOUZA NETO y D. SARMENTO (coords.), *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2007. En tono abiertamente crítico, Lenio Luiz STRECK se refiere al fenómeno del «panprincipiologismo em *Terrae Brasilis*» (citado por FERRAJOLI en CPCG, nota 9). Entre los diversos autores que han promovido el neoconstitucionalismo en ese país destaca con luz propia uno de sus más entusiastas defensores: Antônio CAVALCANTI MAIA (*e. g.* «Neoconstitucionalismo, Positivismo Jurídico e a Nova Filosofia Constitucional», en R. QUARESMA, *op. cit.*, 3-27), cuya formación filosófica habermasiana ha hallado en este movimiento un soporte jusfilosófico idóneo. *Vid.*, asimismo, L. BARROSO, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho*, México, UNAM, 2008; E. O. R. DUARTE y S. POZZOLO, *Neoconstitucionalismo*

todavía no se ha conseguido fijar claramente lo que mantiene. Este *impasse* se debe a un inestable equilibrio: Contra la estimación del neoconstitucionalismo como un ideario sólido habla el hecho de que el conjunto de tesis que los críticos le imputan y que los defensores nos arrogamos sigue siendo heterogéneo y aun contradictorio. A favor de la estimación del ideario neoconstitucionalista habla por su parte el hecho de que los simpatizantes del neoconstitucionalismo y los teóricos tomados como sus representantes parecen compartir ciertas intuiciones razonables muy acordes con los tiempos que vive nuestra cultura jurídica y también que sus actitudes presentan algo más que un cierto aire de familia. Creo, en fin, que en el balance final ello justifica persistir en el intento de conseguir un canon⁷ que sirva para encauzar la discusión jusfilosófica actual.

La segunda razón de la oportunidad de la revisión terminológica que nos propone FERRAJOLI ya es más discutible y compleja. Con esa propuesta de revisión el maestro florentino no sólo contribuye a clarificar el sentido del neoconstitucionalismo, sino que también pretende denunciar lo que considera una sesgada reconstrucción del concepto de neoconstitucionalismo en contra del positivismo jurídico. Así, en la nota 4 de CPCG, FERRAJOLI denuncia una «doble operación terminológica» (en esa medida, «doblemente discutible» a su juicio), cuyo resultado final consiste en incompatibilizar al positivismo jurídico con cualquier forma de constitucionalismo o de neoconstitucionalismo:

La primera operación es la identificación del «constitucionalismo moderno» con una «ideología orientada a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales» que «tiene como trasfondo habitual, aunque no necesario, el iusnaturalismo» (P. COMANDUCCI, *Forme di neo-costituzionalismo: una ricognizione metateorica*, 78): en suma, con el constitucionalismo político [...]. En este sentido, sin embargo, el constitucionalismo no es ni un modelo de Derecho ni un enfoque teórico distinto del positivismo jurídico [...] La segunda operación consiste en designar con «neoconstitucionalismo» todas —y únicamente— las concepciones de la constitución y del constitucionalismo que se expresan en las formas del neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico, según la distinción propuesta por BOBBIO para el positivismo jurídico, y abarcadas, aun cuando empíricamente referidas a las actuales constituciones rígidas, por la tesis de la «conexión necesaria entre Derecho y moral» (*ibid.*, 78-94). Identificado así el «constitucionalismo» con la ideología política liberal y el «neoconstitucionalismo» con la tesis anti-iuspositivista de la conexión entre Derecho y moral —en el plano teórico «concurrente con la positivista» o a ella «alternativa» (*ibid.*, 79)— el constitucionalismo iuspositivista no tiene espacio en esta clasificación, claramente mucho menos descriptiva por ser el fruto de la superposición del viejo enfrentamiento entre (neo)iusnaturalistas y (paleo)iuspositivistas a la reflexión sobre el constitucionalismo (CPCG, 18 y ss.).

Por tanto, FERRAJOLI lamenta que la ambigüedad de «neoconstitucionalismo» no haya permitido modular el perfil inequívocamente antipositivista que de la teoría del Derecho neoconstitucionalista se ha configurado el imaginario jurídico actual. Sin duda, esta conclusión merece algunas observaciones.

Para comenzar, hasta aquí la ambigüedad del neoconstitucionalismo ha sido contemplada como un grave inconveniente. Sin embargo, para ser justos también debe-

positivismo jurídico. As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição, Sao Paulo, Landy, 2006; E. R. MOREIRA, *Neoconstitucionalismo. A Invasão da Constituição*, Sao Paulo, Método, 2008.

⁷ M. CARBONELL y L. GARCÍA JARAMILLO (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad del Externado, 2010.

mos reivindicar su aspecto positivo, puesto que quizá la controvertibilidad sea uno de los mayores rasgos de vitalidad de una teoría y en esa medida, creo que la ambigüedad de «neoconstitucionalismo» es una consecuencia del carácter controvertido y vivo de la teoría en formación que designa. Merece la pena subrayar ahora que ni siquiera el positivismo jurídico, con su fuerte sustrato analítico, se ha librado históricamente de las ambigüedades. Pensemos en todo el tiempo que hubo de transcurrir para que el propio positivismo jurídico tomara consciencia de sí y reparara en la nítida distinción de sus propias vertientes descriptiva y prescriptiva. Es habitual volver la mirada al conocido encuentro celebrado en Bellagio (y a los trabajos de BOBBIO y SCARPELLI que emanaron de aquella reunión de positivistas) para fijar temporalmente ese momento en que se demarcaron los confines del positivismo metodológico, teórico e ideológico. La fe positivista había descubierto que el positivismo no era uno, sino trino; y este dogma positivista reconfortó de manera duradera a su grey, al parecer confusa hasta entonces. Hoy se ha escrito sobre «neoconstitucionalismo(s)»⁸ de manera análoga a como tradicionalmente bien cabría haber hablado de «positivismo(s)».

Sin embargo, tratar de establecer analogías entre el positivismo y el neoconstitucionalismo para situarlos en un mismo plano teórico donde compartir criterios de clasificación constituye una estrategia de análisis que suele ser desafortunada por más tentadora que resulte. Así, no tanto guiados por la caridad, cuanto por la confianza en que aquel remedio quizá pudiera ser el elixir capaz de curar los males de todas las doctrinas, algunos autores positivistas han creído oportuno trasladar al neoconstitucionalismo esta tricotomía feliz con la que habían salvado al juspositivismo de la confusión, distinguiendo tres manifestaciones de neoconstitucionalismo: metodológico, teórico e ideológico. Sin embargo, no siempre el remedio que sienta bien a un enfermo sirve para curar a otro. Esta distinción me parece, en efecto (si bien por razones muy diversas de las que invoca FERRAJOLI), una extensión desafortunada de la tripartición que BOBBIO aplicó al positivismo. La tripartición bobbiana era coherente⁹ con los presupuestos del positivismo a cuya organización interna debía contribuir. Muy al contrario, el neoconstitucionalismo tiende a cuestionar precisamente la procedencia de estos enfoques divisionistas y hay un sentido en que hablar de neoconstitucionalismo metodológico, teórico e ideológico es como distinguir naranjas de las variedades Golden, Starking y Reineta del Bierzo¹⁰, si puedo decirlo así.

Hay que admitir que cabe establecer una analogía entre la evolución de positivismo y neoconstitucionalismo para reconocer que tanto uno como otro han presentado una dimensión descriptiva y otra prescriptiva (ideológica) en algunos tramos de su desarrollo. Como los neoconstitucionalistas actuales, los propios positivistas se habían estado preguntando mucho tiempo qué cosa fuera el positivismo jurídico y, en efecto, en el célebre episodio (que es tentador calificarlo *à la Jaspers* como «axial») de su encuentro en Bellagio llegaban a la conclusión de que los positivistas lo habían sido de modos diversos e incompatibles entre sí. Incluso en el siglo XX el positivismo transita de una

⁸ Quizá no haya modo más preciso de indicar el pluralismo de este movimiento que recordar la indudable procedencia de la «s» entre paréntesis que con buen criterio Miguel CARBONELL incorpora a su recopilación titulada *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

⁹ Aunque FERRAJOLI halla serios inconvenientes en ella en CPCG, nota 2 *in fine*.

¹⁰ Que son variedades de manzanas, para el que no lo sepa.

a otra manifestación de sí mismo. Aparentemente el positivismo kelseniano y hartiano es un positivismo fuertemente descriptivo (*i.e.* metodológico y en el caso de KELSEN teórico) que progresivamente da paso en los últimos tiempos a un positivismo de corte normativo o ético (ideológico), aunque desde una perspectiva histórica más amplia, hay quien prefiera interpretar que lo que el positivismo jurídico vive ahora es algo así como un *revival* hobbesiano, un retorno a sus genuinos y ancestrales orígenes¹¹. En cualquier caso, el positivismo en el siglo XX comenzó siendo sobre todo una teoría descriptiva, para ir reforzando su aspecto prescriptivo de la mano del positivismo normativo o ético en los últimos tiempos. Inversamente, el constitucionalismo comenzó siendo una teoría prescriptiva, una ideología sobre la que basar jurídico-políticamente la garantía de derechos, para convertirse posterior y paulatinamente en una teoría del Derecho a la que ya es habitual referirse más precisamente con el término «neoconstitucionalismo».

En cambio, la aplicación de la tricotomía bobbiana al neoconstitucionalismo es muy desacertada en otros aspectos. En particular, decir que existe un neoconstitucionalismo metodológico que niega la tesis de la separación de Derecho y moral es (si bien ello no es en absoluto imputable a FERRAJOLI) una forma inadecuada y sesgada de plantear lo que el neoconstitucionalismo sostiene (o creo que coherentemente ha de sostener) pues, a mi juicio, el neoconstitucionalismo cuestiona implícitamente que tenga sentido persistir en promover la investigación de la definición del Derecho como una búsqueda esencialista de rasgos universalmente presentes en todos los sistemas normativos designados habitualmente con el nombre de «Derecho». Creo, en otras palabras, que el neoconstitucionalismo está implícitamente comprometido (aunque no todos los autores lo reconozcan así ni sean conscientes de ello) con un rechazo de las definiciones esencialistas del Derecho y presupone a cambio una epistemología pragmatista que se conforma con examinar un conjunto de sistemas normativos que nos interesan (los sistemas normativos de los Estados constitucionales) al objeto de formular una reconstrucción útil que renuncia a las grandes empresas definicionales clásicas con las que tanto positivistas como jusnaturalistas¹² están comprometidos.

En otras palabras, tanto el positivista como el jusnaturalista están unidos por la búsqueda de un concepto universal de Derecho. Tanto el positivista como el jusnaturalista sitúa algo tan profundamente humano como nuestros ordenamientos jurídicos en lo que CASSIRER¹³ denominó la «región de las verdades eternas», que es donde conviven Dios, la lógica y las esencias. Desde este punto de vista, cuando los positivistas insisten en esclarecer la naturaleza del Derecho no hacen algo muy distinto de lo que hacían los jusnaturalistas tratando de desvelarnos qué fuera el Derecho natural. De hecho, el

¹¹ Vid. P. RIVAS PALÁ, *El retorno a los orígenes de la tradición positivista. Una aproximación a la filosofía jurídica del positivismo ético contemporáneo*, Cizur Menor, Civitas, 2007.

¹² Incluso un antipositivista moderno como Robert ALEXI ha defendido posturas crecientemente esencialistas (y, por tanto, insuficientemente neoconstitucionalistas) como la que sostiene en su trabajo «Menschenrechte ohne Metaphysik?», en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 52 (2004), 15-24. Existe trad. de E. R. SODERO, «¿Derechos humanos sin Metafísica?», en *Ideas. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía de Derecho*, núm. 6 (2008). Formulo una crítica a esta obra en mi trabajo «¿Esencias jusfundamentales?» Notas a propósito del artículo «¿Derechos humanos sin metafísica?» de R. Alexy», *ibid.*

¹³ E. CASSIRER, *La filosofía de la Ilustración*, trad. E. ÍMAZ, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1972, 28.

tránsito del estudio del Derecho natural al de la naturaleza del Derecho por parte de los positivistas y formalistas no es tan abrupto como parece y a menudo lo llevaron a cabo los mismos autores de una y otra escuela. Por todo ello, el neoconstitucionalismo debe renunciar más o menos implícitamente (quizá ALEXY sea una excepción en este aspecto) a la búsqueda de un concepto universal de Derecho y, en esa medida, hablar de un neoconstitucionalismo metodológico como contrapuesto a un positivismo metodológico constituye una inexactitud seguramente tan sesgada como la que FERRAJOLI contempla en la doble maniobra terminológica de la que parece víctima el positivismo jurídico y que él denuncia.

Por la misma razón, me parece que contraponer un «constitucionalismo positivista» a otro «constitucionalismo iusnaturalista» como hace FERRAJOLI no es un buen camino. La razón fundamental no es puramente terminológica. Como acabo de indicar, en cuanto teorías del Derecho, positivismo y iusnaturalismo no difieren entre sí en aspectos metodológicamente relevantes y ello convierte en superficial su contraposición. Si FERRAJOLI fuera consecuente con el uso que del término «paradigma» él mismo hace en CPCG (50) y en otros escritos para referirse al constitucionalismo¹⁴, entonces debería reconocer que la propia idea de paradigma presupone una ruptura profunda con los modelos precedentes (positivistas y iusnaturalistas), lo cual desautoriza la distinción que FERRAJOLI formula entre constitucionalismos positivistas y iusnaturalistas como tipos conjuntamente exhaustivos y mutuamente excluyentes del conjunto de teorías del Derecho constitucionalistas.

FERRAJOLI comparte así con autores como Luis PRIETO la reivindicación de que sea posible y deseable a pesar de todo establecer una teoría del Derecho constitucionalista (atenta a las particularidades del Derecho en el Estado constitucional), que al mismo tiempo mantenga intacto el núcleo del legado positivista: la tesis de la separación conceptual de Derecho y moral. Esto no obstante, la maniobra terminológica que denuncia FERRAJOLI no es sino el reflejo de una cuestión conceptual: la intrínseca incompatibilidad del neoconstitucionalismo y el positivismo jurídico. Esta incompatibilidad no es teórica, sino metateórica. No radica en que difieran esencialmente sobre la solución al problema de las relaciones entre Derecho y moral. Como en muchos otros casos a lo largo de la historia de las ideas, la discrepancia se cifra más precisamente en el *estatus* del problema y no en la respuesta a él. Para el positivismo (y el iusnaturalismo) el de las relaciones conceptuales entre Derecho y moral es un problema que debe ser *resuelto*. Para el neoconstitucionalismo se trata de un pseudoproblema que debe ser *disuelto*.

2. DERECHO Y MORAL. REGLAS Y PRINCIPIOS. LAS VARIEDADES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Con el título de su trabajo, «Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista», FERRAJOLI anuncia ya las dos posibles vías de desarrollo del neoconstitucionalismo. Estas dos vías, la antipositivista y la positivista, son incompatibles entre sí,

¹⁴ Sólo a título de ejemplo: L. FERRAJOLI, «Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías», en L. FERRAJOLI *et al.*, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, 71-115.

de manera que todo permitía en principio prever que la etiqueta «neoconstitucionalismo» habría finalmente de asociarse a una y sólo una de esas alternativas o bien, como acabo de sugerir y en la medida en que se trate de un alternativo paradigma en sentido genuino, a alguna tercera que escape a la dialéctica tradicional entre las dos grandes teorías del Derecho clásicas.

El planteamiento de FERRAJOLI nos muestra que tenemos, por decirlo así, por lo menos dos perros para un mismo collar y la realidad es que no podemos posponer más nuestro paseo con uno de ellos (aunque a mi juicio deberíamos dejar los dos en casa y buscar un tercero). Como nos recuerda FERRAJOLI, los específicos rasgos que caracterizan a los ordenamientos jurídicos de los Estados constitucionales han inspirado en los teóricos del Derecho o bien un constitucionalismo de corte argumentativo y anti-positivista (el constitucionalismo principialista de ALEXY, DWORKIN y NINO) o bien un constitucionalismo de corte subsuntivo y positivista (el constitucionalismo garantista). Este segundo modelo es el que, con sus matices, defiende FERRAJOLI. En su opinión, los derechos fundamentales tienen una configuración de regla (no de principio), su aplicación es reconducible a un caso de subsunción (no de ponderación) y todo ello se enmarca en una teoría del Derecho positivista clásica, en el bien entendido de que el positivismo de FERRAJOLI no es el «paleopositivismo» ajeno a la formulación de juicios de valor a la hora de la determinación de la validez de las normas jurídicas.

La marca de la casa del constitucionalismo garantista de FERRAJOLI consiste precisamente en el reconocimiento de juicios de valor *internos* (i.e. constitucionales) a la hora de formular juicios sobre la validez de las normas sin tener por ello que abandonar el positivismo jurídico, tradicionalmente reacio a admitir juicios valorativos en el Derecho. Por esta razón, en sus trabajos FERRAJOLI se refiere habitualmente a su propia teoría del Derecho como una manifestación de «positivismo crítico». Es *positivista* porque la identificación del Derecho es independiente de la moral. Es *crítico* porque la identificación del Derecho no es meramente formal, sino *valorativa* en el sentido de que esa labor de identificación de las normas válidas incorpora un juicio de coherencia valorativa de las normas infraconstitucionales con las normas constitucionales.

Así pues, los juicios de valor, convenientemente encapsulados en la Constitución, no suponen riesgo alguno para la viabilidad del juspositivismo según FERRAJOLI y éste es, a mi juicio, uno de los aspectos más discutibles de su planteamiento, precisamente porque la razón práctica no puede encapsularse ni siquiera en la Constitución («fragmentarse» sería el verbo que usaría NINO). Sin embargo, las variables implícitas en este escenario son múltiples y conviene recordarlas. El propio FERRAJOLI defiende un constitucionalismo juspositivista que él contrapone a un constitucionalismo jusnaturalista, pero también sostiene un constitucionalismo normativo o garantista que se opone a un constitucionalismo argumentativo o principialista. Afinando aún algo más, las tres variables en juego son finalmente las siguientes: la configuración deóntica de las normas sobre derechos fundamentales (reglas o principios), la configuración lógica de la aplicación de las normas sobre derechos fundamentales (subsunción o ponderación) y la configuración teórica de las relaciones entre Derecho y moral (positivismo o no positivismo). Sin embargo, la realidad es que entre la mayor parte de los autores la distinción reglas/principios resulta inseparable de la distinción subsunción/ponderación, puesto que es habitual definir las reglas como las normas objeto de subsunción

por oposición a los principios como normas objeto de ponderación. Esto permitiría simplificar las cosas en torno a los siguientes cuatro modelos, aunque sólo sea con el fin de ordenar la discusión:

	<i>Teoría del Derecho</i>	<i>Configuración normas jusfundamentales</i>	<i>Configuración aplicación normas jusfundamentales</i>
M1	Positivista	Reglas	Subsunción
M2	Positivista	Principios	Ponderación
M3	No positivista	Reglas	Subsunción
M4	No positivista	Principios	Ponderación

Con todas las cautelas que impone el hecho de que «positivismo», «regla», «principio» o «ponderación» sean nociones muy controvertidas y que cada autor esté manejando un concepto distinto cuando emplea esas palabras, cabría decir que el «constitucionalismo juspositivista y garantista» de FERRAJOLI se inclina por el modelo M1 oponiéndose a autores como ALEXY o DWORKIN, que cabría identificar con el modelo M4 al que se refiere FERRAJOLI como «constitucionalismo jusnaturalista y principialista». Entre ambos modelos puros (por así decir), hallamos posiciones intermedias. Así, las tesis de Luis PRIETO responden al modelo M2, pues no debemos olvidar que la posición de PRIETO no es plenamente coincidente con la de FERRAJOLI. En sus múltiples escritos¹⁵ PRIETO se nos revela como un constitucionalista que defiende un positivismo severo, pero al mismo tiempo principialista, por cuanto no renuncia a la concepción de los derechos fundamentales como principios ni a la ponderación como método de su aplicación. La otra posición intermedia, M3, también ha sido defendida. Por ejemplo, en nuestro país cabría destacar los planteamientos de Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES¹⁶, un no-positivista que cree que los derechos fundamentales funcionan como reglas.

A mi modo de ver, la posición de FERRAJOLI, reflejada en el modelo M1 resulta altamente inestable porque es incompatible con el ideario constitucionalista no sólo por la ya referida dimensión antiesencialista implícita en la teoría del Derecho del neoconstitucionalismo, sino también porque éste es antiformalista y FERRAJOLI defiende tesis fuertemente legalistas y formalistas. Sin duda lo hace con un espíritu garantista, pero ello parece alejarlo de elementos esenciales del constitucionalismo. En este aspecto las declaraciones de rebeldía que formula FERRAJOLI contra el paleopositivismo devienen puramente retóricas.

En cuanto al modelo M2, que cabría identificar en los trabajos de Luis PRIETO en nuestro país, presenta la ventaja de mostrar una visión de las normas constitucionales (principios) y de la interpretación constitucional (ponderación) más acorde con la realidad del Derecho actual y con el ideario constitucionalista, pero ello tiene lugar a cambio de incurrir en la contradicción de defender un concepto de positivismo

¹⁵ E. g. L. PRIETO, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, y L. PRIETO, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003,

¹⁶ J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑOZ, *Principios, fines y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000.

jurídico que resulta, por las razones arriba apuntadas, incompatible con esa visión principialista del Derecho¹⁷. Finalmente, la posición M3 parece por su parte exhibir al menos en España un sesgo particularmente ideológico, sobre el que no es preciso detenerse ahora.

Por todo ello, a continuación desearía formular un punto de vista radicalmente distinto del que defiende el maestro italiano. Mi discrepancia no es sólo teórica, sino también y sobre todo metateórica. Creo que lo más cuestionable de la concepción constitucionalista de FERRAJOLI no radica en las tesis que sostiene (que también me parecen cuestionables), sino en los presupuestos sobre las que se erigen. Desde este punto de vista, nunca está de más, antes de adoptar una posición (incluso en una discusión milenaria como ésta), poner en cuarentena las distinciones sobre las que se basan. El no-positivismo principialista de Robert ALEXY y Ronald DWORKIN al que se opone frontalmente FERRAJOLI supone una toma de posición contra el positivismo (pero en justicia no necesariamente a favor del jusnaturalismo) y una toma de posición principialista frente al legalismo (al Derecho de reglas). ¿Pero es realmente una buena idea mantener la disputa en torno al nuevo paradigma jurídico sobre la base de dicotomías ora trasnochadas (como positivismo y jusnaturalismo) ora desenfocadas (como reglas y principios)? Creo que no y desearía justificarlo a continuación con un caso muy sencillo y real. En lo sucesivo me referiré a él como «el caso Noara». Como vamos a ver a continuación, el caso Noara nos muestra cómo lo que los juristas denominan «reglas» constituye en realidad un modo desenfocado de referirse a normas tan derrotables como los llamados «principios» y también demuestra que sólo una visión no positivista del Derecho que inscriba el razonamiento legal en el razonamiento práctico general permite dar cuenta de ciertos casos difíciles, porque sólo la razón práctica puede administrar satisfactoriamente el régimen de reconocimiento de las nuevas excepciones que a menudo los juristas deben admitir a la hora de resolver las controversias que llegan a los tribunales.

3. ¿QUÉ DECIDIRÍA EL JUEZ LUIGI FERRAJOLI EN EL CASO NOARA?¹⁸

Hace unos meses, un bebé de nombre Noara necesitaba urgentemente un trasplante de hígado. Cuando son compatibles, esa operación puede practicarse entre personas vivas, pues el receptor sólo necesita un fragmento del órgano del donante. Felizmente Noara disponía de un donante idóneo: su propia madre, cuyo nombre era Rocío. El final previsiblemente feliz de la historia fue enturbiado por el apartado a) de la siguiente disposición legal contenida en el art. 4 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos:

D1: «La obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que el donante sea mayor de edad».

¹⁷ Me detengo en esta cuestión específica en *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, 191 y ss.

¹⁸ En mi *op. cit.*, *Criaturas de la moralidad*, me refiero al caso Noara en 152 y ss. Puede verse otro caso ilustrativo en 67 y ss.

El contenido de esta disposición puede reducirse, a los efectos que nos interesan, a la siguiente norma:

N1: Prohibido a todos los menores donar órganos.

Pues bien, Rocío tenía dieciséis años y por tanto no le estaba permitido donar órganos ni siquiera a su propia hija. La norma N1 que le impedía a Rocío donar una parte de su hígado a su bebé es lo que los teóricos de la distinción entre reglas y principios se complacen en llamar «regla». Las reglas dividen nítidamente el universo de casos en dos hemisferios: Si el donante tiene dieciocho años o más, entonces le está permitido donar. Si el donante tiene menos (en extremo ejemplo: diecisiete años, 364 días, 23 horas y 59 segundos), entonces no puede donar. La regla puede aplicarse mediante una sencilla subsunción, con el resultado inaceptable de prohibir a Rocío donar parte de su hígado a Noara.

El problema llegó a un Juzgado de Sevilla que resolvió en un Auto¹⁹ autorizar el trasplante mediante una argumentación basada en un razonamiento analógico que no habrá de ser relevante aquí. La cuestión es qué cobertura teórica pueda dar la teoría del Derecho positivista a este caso. Suelen ser del agrado de los positivistas más legalistas, los casos moralmente difíciles que resultan fácilmente solucionables mediante el Derecho. Ante estos casos, el legalista celebra la certeza del Derecho frente a las incertidumbres del discurso moral.

Más problemas plantean los casos moralmente difíciles que también son legalmente difíciles. Éstos apelan a las dificultades que cualquier orden normativo presenta a la hora de su aplicación y equiparan el discurso moral y el discurso jurídico en cuanto a su capacidad para proporcionar soluciones a las controversias prácticas. Con todo, ese empate también puede resolverse a favor de un planteamiento legalista que al menos preserve el valor de la seguridad jurídica.

Finalmente, existe un tipo de caso que es moralmente muy fácil, pero jurídicamente muy difícil. En otras palabras, se trata de casos que, significativamente, son insolubles jurídicamente si defendemos una visión positivista del Derecho y son fácilmente solucionables cuando adoptamos una perspectiva no positivista. Así eran a su manera los casos de extremas injusticias legales del Tercer *Reich* enjuiciadas en Nuremberg y así parece ser el caso Noara: moralmente fácil y jurídico-positivamente difícil. Por esta razón nos sirve de *test* inmejorable para constatar la invalidez de la tesis central del positivismo jurídico acerca de la ausencia de relaciones conceptuales necesarias entre Derecho y moral. ¿Por qué el caso Noara es jurídicamente difícil a pesar de ser moralmente fácil? En mi opinión, la razón consiste en que el caso Noara muestra las limitaciones de una concepción positivista y legalista del Derecho como la del propio Luigi FERRAJOLI.

El dilema al que se verá abocado el positivista es el siguiente: o bien el positivista garantista aplica la regla tal como él mismo dice que han de aplicarse las reglas (*i. e.* mediante el ejercicio de la subsunción y al margen de valores morales); o bien inaplica la regla y, en tal caso, el positivista (también el constitucionalista juspositivista) se debate entre infringir el Derecho (inaplicarlo) o bien negar que lo está infringiendo (inaplicarlo diciendo que lo está aplicando).

¹⁹ Auto 785/07, de 18 de octubre, del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla núm. 17.

Ésta es la vía que gusta seguir el constitucionalista positivista como Luigi FERRAJOLI o Luis PRIETO. Supuestamente, estos autores podrían sostener, por ejemplo, que el valor de la justicia *incorporado* al art. 1.1 de la Constitución española de 1978²⁰ habría de permitir en el caso Noara excepcionar jurídicamente la prohibición a los menores de donar órganos. Sin embargo, esta vía tiene sus costes, pues con ella el positivista estará reforzando (veladamente en FERRAJOLI, abiertamente en PRIETO) la dimensión interpretativa y argumentativa del Derecho (la parte *crítica* del positivismo crítico ferrajoliano) y, haciéndolo así, comenzará a dar razones a quienes sostienen una visión interpretativa y argumentativa del Derecho (el constitucionalismo garantista o normativo habrá de retroceder ante el constitucionalismo argumentativo o principialista) y también dará razones a quienes afirmen que es imposible distinguir reglas y principios o a quienes afirmen que es imposible aplicar el Derecho de manera subsuntiva.

La razón es que este caso viene a demostrar que todas las normas (reglas y principios, bajo cualquier sentido) sólo son inteligibles *interpretativa y argumentativamente*²¹ mediante la inscripción del razonamiento jurídico en el razonamiento práctico general (sea ello reconocido o no en un precepto constitucional como el art. 1.1 de la Constitución española). Dar este paso significa abandonar una concepción positivista del Derecho. El positivista jurídico sólo puede ante un caso como éste o bien negar la realidad (forzar lo que el Derecho dice en términos positivistas) o bien abandonar el juspositivismo (reconociendo que el Derecho dice cosas distintas de las que un positivista suele hallar en el Derecho).

El caso Noara pone de manifiesto, así pues, las limitaciones de cualquier teoría positivista del Derecho y desearía indicar que lo hace en los dos elementos esenciales a los que se opone el constitucionalismo juspositivista y garantista de Luigi FERRAJOLI. Por un lado, este caso demuestra la inviabilidad de cualquier intento de configurar las normas (ya sean constitucionales o infraconstitucionales como el art. 4 de la Ley de transplantes) como reglas (*i. e.* normas inderrotables) y además este caso pone de manifiesto que el positivismo jurídico está desenfocado en su visión de las relaciones entre Derecho y moral. A continuación desearía referirme a estos dos aspectos centrales a los que hace referencia el trabajo de FERRAJOLI: la distinción entre reglas y principios (implícita en la contraposición del constitucionalismo garantista o normativo al argumentativo o garantista) y la distinción entre positivismo y jusnaturalismo (implícita en la contraposición del constitucionalismo juspositivista al jusnaturalista).

4. CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA O NORMATIVO VS. CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA

Como acabo de señalar, el caso Noara demuestra que la norma N1 («prohibido a todos los menores donar órganos») no es una regla y, por extensión, demuestra que no

²⁰ Para el lector no familiarizado con la Constitución española, el art. 1.1 de la Constitución española dice así: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

²¹ Es decir, mediante el razonamiento con *valores internos* al Derecho en la terminología ferrajoliana.

es posible hablar de reglas en un Estado constitucional. Un corolario de esta constatación sería que la dicotomía regla/principio no es adecuada.

Ciertamente, FERRAJOLI aprueba explícitamente en su trabajo mi escepticismo ante la distinción entre reglas y principios (CPCG, 36). Sin embargo, mientras su escepticismo ante la distinción se basa en la suposición de que la inmensa mayoría de las normas son reglas (en este aspecto recuerda los planteamientos en España de Juan Antonio GARCÍA AMADO²² y en cierta medida el legalismo de Francisco LAPORTA²³), mi escepticismo se basa en la convicción diametralmente contraria de que todas las normas jurídicas en el Estado constitucional son principios (si asumimos la terminología al uso). En suma, la dicotomía regla/principio puede ser inválida o bien porque no reconocamos la existencia de reglas o bien porque no reconocamos la existencia de principios y es en este punto donde los caminos de nuestro común escepticismo se bifurcan. Por decirlo brevemente, estamos de acuerdo en rechazar la dicotomía regla/principio, pero ahí acaba nuestro acuerdo: A FERRAJOLI le sobra la categoría de los principios y a mí me sobra la categoría de las reglas.

En efecto, la distinción entre reglas y principios es muy desafortunada o al menos tiene un alcance muy limitado cuando se la observa de cerca. Paradójicamente, donde más limitado es su alcance es donde debería gozar de mayor vigor. Quiero decir con esto que la distinción entre reglas y principios, articulada por sus artífices con el fin explícito de explicar mejor cómo funciona el Derecho en los Estados constitucionales no funciona precisamente a causa de las específicas propiedades que adquiere el Derecho en los Estados constitucionales. Lo que desbarata la virtualidad de la distinción entre reglas y principios en el Estado constitucional consiste en que no puede haber reglas inmunes a revisión constitucional (esto me parece profundamente garantista), ya que ninguna norma de un ordenamiento jurídico constitucionalizado puede quedar, por razones conceptuales, desvinculada de la Constitución. Por tanto, no es posible distinguir entre reglas y principios sencillamente porque no existen reglas (*i. e.* normas inmunes a las exigencias constitucionales) en los Estados constitucionales. Se trata, pues, de una distinción (la de reglas y principios) que se anula a sí misma, por así decir. Desde mi punto de vista, la distinción entre reglas y principios es una mala distinción, en fin, no tanto porque no existan principios en los ordenamientos jurídicos constitucionalizados, sino porque las reglas no tienen cabida en ellos.

Sin embargo, hacia la nota 53 de su trabajo, FERRAJOLI comparte la constatación de Pace sobre «la prevalencia de las reglas y no de los principios en el texto de la Constitución italiana» y en el cuerpo del artículo indica que «(c)iertamente, existen principios que enuncian valores y directivas de carácter político, cuya observancia o inobservancia no es fácil identificar. Pero se trata de normas relativamente marginales» (CPCG, 37 y ss.). Lo que podríamos llamar «el argumento de la marginalidad» es muy tentador para los defensores de un Derecho basado en reglas. Sin embargo, este argumento es falaz, dado que las normas no cuentan por su número sino más bien por su jerarquía y por su capacidad de irradiación o impregnación del resto del ordenamiento. A nadie

²² J. A. GARCÍA AMADO, «El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica», en R. ALEXYS *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, R. GARCÍA MANRIQUE (ed.), Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, 249-332.

²³ F. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2009.

se le ocurre otorgar mayor relevancia explicativa del Derecho a las normas sobre el empaquetado de salchichas que a las normas sobre derechos fundamentales sólo porque las primeras disposiciones sean más prolijas o numerosas. Ello hasta el punto de que toda regla, de existir tal cosa, reclama algún juicio de constitucionalidad (aunque sea rutinario e inconsciente) previo a su aplicación.

No debemos olvidar que la distinción fuerte entre reglas y principios es una creación de los defensores de los principios, que pretenden con ella reforzar la posición de los principios. Sin embargo, con su estrategia de subrayar el papel de los principios que está abiertamente orientada a preservar una serie de rasgos esenciales y privativos de los principios, acaban por establecer por contraste unos rasgos privativos de las reglas que ni un formalista extremo quizá llegara a admitir. Una vez más los extremos (principalistas y antiprincipalistas) se tocan.

De hecho, para hallar una regla genuina, que excluyera toda posible excepción y toda posible deliberación, sería necesario trasladarnos a un pasado muy remoto y extravagante. Por ejemplo²⁴, se trata del conocido caso del que nos habla GAYO en sus *Instituciones*. La regla decía que había que pronunciar la palabra «*arbora*» en un proceso formulario determinado y el demandante pronunció la palabra «*viniae*», que era de lo que efectivamente trataba el pleito. El demandante, como es sabido, pierde *eo ipso* el pleito. La regla es inderrotable *de verdad*, mas a nosotros este planteamiento nos parece irracional, pero no sólo porque el contenido de la norma sea irracional, sino porque nos parece absurda la forma de aplicarla, *que no atiende a razones* (administradas por la razón práctica). Por eso la defensa de un Derecho basado en reglas y de un consecuente modelo silogístico de aplicación del Derecho parece (*a fortiori* cuando de derechos fundamentales se trata) intrínsecamente incompatible con la matriz ideológica de corte progresista y aun la psicológica de ciertos positivistas legalistas. Hay algo desconcertante en que autores como el propio FERRAJOLI o como FRANCISCO LAPORTA en nuestro país puedan reconocerse en una opinión como la siguiente:

«Puede incluso decirse que para un eficaz Estado de Derecho es más importante que el contenido mismo de la norma el que éste se aplique siempre, sin excepciones. A menudo no importa mucho el contenido de la norma, con tal de que la misma se haga observar universalmente [...]. Lo importante es que la norma nos permite prever correctamente la conducta de los demás».

Estas palabras las firma apoyándose en la siguiente premisa nada menos que HAYEK en su célebre obra dedicada irónicamente «a los socialistas de todos los partidos», *Camino de Servidumbre*²⁵:

«Es muy característico que los socialistas (y los nazis) han protestado siempre contra la justicia “meramente” formal, que se han opuesto siempre a una ley que no encierra criterio respecto al grado de bienestar que debe alcanzar cada persona en particular y que han demandado siempre una “socialización de la ley”, atacando la independencia de los jueces y, a la vez, apoyado todos los movimientos, como el de la *Freirechtsschule* que minaron el Estado de Derecho»²⁶.

²⁴ B. CELANO lo toma prestado de J. J. MORESO en «¿Podemos elegir entre particularismo y universalismo?», en *Discusiones: Razones y normas*, núm. 5 (2005), 101-128, 106.

²⁵ F. HAYEK, *Camino de servidumbre*, trad. J. VERGARA, Madrid, Alianza, 2000, 113 y ss.

²⁶ *Ibid.*

Sin embargo, todas estas reflexiones en torno a la idoneidad de un Derecho por reglas no pueden mantenerse sin precisar qué se entienda por regla y por principio. Como el profesor FERRAJOLI indica en su trabajo (CPCG, 36), llamo, en efecto, «principio» a una norma cuando es derrotable y llamo «regla» a una norma cuando es indestructible. La derrotabilidad es una propiedad disposicional que hace referencia a la *susceptibilidad* de una norma de ser inaplicada por la emergencia de nuevas excepciones *justificadas* que no figuraban *ex ante* entre las excepciones de la norma. Si la excepción estaba ya justificada *ex ante* (del caso excepcionado) en el sentido de que ya había sido recogida en el elenco explícito de excepciones indicadas por el legislador, entonces no es una excepción propiamente (no hay nada excepcional en excluir de los efectos de una norma a sus propias excepciones) y si no estaba justificada, entonces no puede ser admitida con criterios positivistas como parte del contenido de la norma. Desde este punto de vista, inaplicar una norma invocando una excepción no jurídico-positiva es inaceptable para un positivista. Por eso los positivistas suelen referirse a las nuevas excepciones como la que hemos visto en el caso Noara (permitido a una madre menor donar órganos a sus descendientes) como «excepciones implícitas», pero esto supone definir las excepciones reconocidas en virtud de la derrotabilidad de las normas de manera espuria y sesgada. Cuando las excepciones son «implícitas», entonces no son excepciones (pues, por definición, ya estaban *contenidas* —implícitamente— en la norma excepcionada [!?!]) y si son genuinas excepciones, entonces no podrían haber estado nunca implícitas en las normas derrotables.

La cuestión de fondo es, finalmente, si es posible que las normas en general puedan o no ser sensibles a la emergencia de nuevos casos no previstos *ex ante* (por definición no contemplados ni explícita ni implícitamente entre las excepciones de la norma). Si nosotros admitimos la sensibilidad de las normas a los casos nuevos que pudieran surgir en el futuro (la existencia de una «relación interna» entre las normas y sus casos de aplicación en la jerga wittgensteiniana)²⁷, entonces tenemos dos opciones: o bien abandonarnos al escepticismo kripkeano que afirma la inexistencia de normas que guíen nuestra conducta (hoy esta tendencia se asociaría a un cierto neorealismo, a un particularismo jurídico o al «neopandectismo» que FERRAJOLI critica en CPCG, 23 y 52); o bien tratamos de mantener la posibilidad de una ontología de las normas a partir de algún criterio que sirva para conservar la cohesión y el significado de las normas ante la emergencia de nuevas excepciones. El criterio para mantener esa coherencia sólo puede ser la razón práctica. Sólo si admitimos que la razón práctica nos sirve para administrar el régimen de excepciones como el que reclama el caso Noara frente a normas como el art. 4 de la Ley de transplantes que prohíbe terminantemente a los menores donar órganos, cabe defender que esa norma tenga alguna entidad y que no nos entreguemos al nihilismo normativo de cierto realismo jurídico con el que FERRAJOLI quiere equiparar (injustamente, a mi juicio) al neoconstitucionalismo.

En suma, la estructura derrotable de las normas y la ponderación como procedimiento para evaluar la procedencia de nuevas excepciones constituyen manifestaciones consistentes de la necesidad de la tesis de la unidad de la razón práctica a la que se refería NINO o de la tesis del caso especial, como la llama ALEXY. Se pondera porque

²⁷ Vid. M. NARVÁEZ MORA, *Wittgenstein y la teoría del Derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2004, cap. III.

las normas sólo adquieren significado mediante su inscripción en el discurso práctico general que sirve para articular el régimen de excepciones de las normas jurídicas. Que no se pondere una norma no significa que esa norma no sea *ponderable* y ello por la misma razón que no negamos que la sal sea soluble aunque nunca haya sido disuelta en agua. Es, en fin, la derrotabilidad (o ponderabilidad, si se quiere) propia de toda norma en el Estado constitucional (la *posibilidad* de que en un caso concreto cualquier norma resulte excepcionada por un principio constitucional) lo que implica la inviabilidad de la configuración de las normas jurídicas de los Estados constitucionales como reglas (*i. e.* como normas inderrotables).

Una salida que explora FERRAJOLI en CPCG para salvar su modelo de Derecho basado en reglas, su modelo de aplicación silogística y su férrea distinción de Derecho y moral consiste en una maniobra ciertamente extravagante con la que excluir toda ponderación del Derecho consiste en afirmar (CPCG, 47) que lo que se pondera en los juicios de ponderación (que son un instrumento para administrar la derrotabilidad de las normas) no son normas, sino circunstancias de hecho. Personalmente me es muy difícil reconocer en el caso Noara un simple conflicto de hechos. Más bien parece que están en juego principios como el derecho a la vida de Noara, el derecho de su madre a salvarla y el principio de seguridad jurídica que nos ordena aplicar N1, pero me resulta francamente extraño pensar que podemos reducir este caso a una discusión sobre la presencia o no de ciertas «circunstancias» (CPCG, 42) que en nada afecta a principios jurídicos y morales implicados. Da la impresión de que FERRAJOLI parece querer desplazar a la premisa fáctica todos los problemas interpretativos, argumentativos y morales con el fin de mantener intacta la pureza de las normas bajo la forma de reglas inderrotables. Esto, francamente, no parece sino un artificio desesperado para tratar de salvar un modelo hiperformalista que sólo es capaz de dar respuesta a las objeciones alejándose más y más de la realidad.

¿Qué conclusión de carácter metodológico va implícita en todas estas consideraciones? Creo más que significativo que finalmente de lo que se discute en el fondo cuando hablamos de teoría del Derecho no es tanto qué sea el Derecho, ni siquiera cómo sea el Derecho (cuestión sobre la que en el fondo reina una cierta paz preteórica entre todos los sedicentes constitucionalistas) sino más bien un desacuerdo metaético. Finalmente, discutir de teoría del Derecho es una manera oblicua de discutir sobre filosofía moral (lo cual es ya de por sí un argumento antipositivista, por cierto).

De este modo, la auténtica barrera que se interpone entre FERRAJOLI y el neoconstitucionalismo es de naturaleza metaética. En términos muy generales, parece que en FERRAJOLI conviven en una pugna continua que recuerda a la de los Dióscuros, dos hijos enfrentados de la madre Ilustración: su tendencia al irracionalismo moral afín al positivismo lógico que inhabilita a la razón práctica para servir de soporte último a la administración de justicia y, por otro lado, el hiperracionalismo (su «espinosismo jurídico») que funda el modelo silogístico de aplicación de derechos fundamentales con configuración de regla.

Y, en efecto, es la falta de confianza de FERRAJOLI en la razón práctica lo que le lleva a pensar que toda actividad judicial deviene en activismo cuando no está enclaustrada en silogismos (CPCG, 28). Es la falta de confianza de FERRAJOLI en la razón práctica lo que le lleva a ver en el recurso por parte de los juristas a los argumentos morales un

riesgo de dogmatismo (*ibid.*). Sin embargo, necesitamos creer en la razón práctica para sostener incluso estos puntos de vista. Esta paradoja se explica porque el proyecto de FERRAJOLI es, como lo era el gran proyecto ilustrado que él quiere mantener vivo, una gran ideología, la ideología de los derechos humanos. Y no es fácil defender los derechos humanos racionalmente privándoles de un fundamento racional.