

Diez tesis sobre el neoconstitucionalismo

José Juan Moreso Mateos

La primera tesis a la que voy a referirme dice que la expresión *neoconstitucionalismo* es el nombre de un espantapájaros. Hay mucha discusión acerca de esto y Manuel Atienza normalmente se considera como uno de los representantes del neoconstitucionalismo, junto con Alexy, Dworkin, Carlos Nino y Ferrajoli —a todos me referiré en algún sentido—. Manuel Atienza ha dicho que el neoconstitucionalismo es una mala expresión, que no designa nada con claridad, y ha mostrado una cierta aversión a esto. Tampoco se muestra entusiasmado por la expresión de Ferrajoli y de otros autores.

En inglés, la expresión *new constitutionalism*, usada en virtud de un libro del autor estadounidense Stephan Harbarth, que ha sido importante, no designa lo mismo que nosotros queremos decir; esta es otra razón para ser cuidadosos en esto. No designa lo mismo porque *new constitutionalism* se refiere a un modo de constitucionalismo llamado débil, a lo que denominan ahora un modelo de constitucionalismo. El New Commonwealth Model of Constitutionalism es un modelo de Canadá, Nueva Zelanda, Gran Bretaña y Australia, de acuerdo con el cual las cortes supremas de estos países tienen un papel en el control de la averiguación de la Constitución y de las leyes, pero no la última palabra; esa la tiene el Parlamento. Esto fue en principio diseñado así por Canadá, con la famosa cláusula *notwithstanding* de la Constitución canadiense, que permite al Parlamento mantener una ley aun si la Corte ha dicho lo contrario; por lo tanto, eso es en un sentido distinto.

Diez tesis sobre el neoconstitucionalismo

¿Qué ocurre?, ¿por qué se produce esta polémica? Yo creo que es importante esto que les voy a decir, y como lo viví en primera persona, creo que debo transmitirlo.

El nombre *neoconstitucionalismo* comenzó a pronunciarse en las aulas y los pasillos del Departamento de Giovanni Tarello de la Universidad de Génova a finales de la década de 1990, a finales del siglo xx. Yo iba mucho a la Universidad de Génova, muchísimo, y por lo tanto lo viví en primera persona, y la primera persona que lo usó fue, en realidad, la ahora profesora Susanna Pozzolo, que en ese entonces estaba haciendo su tesis doctoral y lo expresó por primera vez por escrito en una contribución al Congreso Internacional de Filosofía del Derecho en Buenos Aires y después en su tesis doctoral, que es de finales de la década de 1990.

¿Y por qué esto es importante?, porque si no, sería un detalle casi de erudición, que Picasso no es de erudición, sino de biografía personal, porque lo conocí, desde luego que no; es importante porque nació en un contexto de los profesores de Filosofía del Derecho de la Universidad de Génova, en un departamento en que los profesores eran Riccardo Guastini, ahora emérito, y Paolo Comanducci, donde ellos eran totalmente contrarios a aquello que se concibe como neoconstitucionalismo, completamente opuestos, es decir, eran contrarios a lo que ellos pensaban que era dar mayor activismo a los jueces, con una interpretación de la Constitución y del sistema jurídico que les daba más protagonismo, y ellos, que son escépticos de la interpretación, no mantenían una posición nada favorable. Por lo tanto —y creo que en esto lleva un poco de razón Manuel Atienza—, el retrato, la imagen que generaron Susanna Pozzolo y Paolo Comanducci, que enseguida escribió acerca de esto también del neoconstitucionalismo, es la imagen de una doctrina distorsionada y por eso es un espantapájaros. Lo construyeron a su medida para criticarlo; es decir, la primera vez que se construyó esta teoría fue para criticarla, ese es el problema que viene de origen y el motivo por el cual Manuel Atienza se lamenta de esta situación tan poderosa. Entonces podemos usar la segunda tesis, que matiza esta primera y que dice que el neoconstitucionalismo evoca una determinada cultura jurídica. Yo creo que es muy importante tener en cuenta que si bien Manuel Atienza tiene razón en esto, el neoconstitucionalismo evoca una determinada cultura jurídica que es consecuencia de dos factores.

Un factor institucional es la introducción de constituciones rígidas en muchas partes del mundo con sistemas de control de constitucionalidad, lo cual antes no existía. Existía en Estados Unidos de América desde el comienzo; después se dieron las experiencias de entreguerras calcenianas de la Constitución austriaca, la Constitución de la Segunda República española, la chica, pero muy pocas, y es un producto sobre todo de después de la Segunda Guerra Mundial en Europa, protagonizado fundamentalmente por Alemania e Italia y que se amplía a España, Portugal y Grecia, las nuevas democracias de la década de 1970 al sur de Europa, y en las décadas de 1980 y 1990 en Latinoamérica, con el regreso a la democracia de muchas dictaduras en Latinoamérica y los países del Este después de la caída del Muro.

Este fenómeno institucional, que está formado básicamente por el hecho de constituciones rígidas con control de constitucionalidad, es decir, un modo de limitar los poderes legislativos de los parlamentos, porque ahora el parlamento, si quiere cambiar determinadas cosas, no puede hacerlo con el procedimiento legal, porque debe hacerlo con el procedimiento de reforma constitucional —por eso la Constitución es rígida—, y en segundo lugar, tiene otro órgano el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema, quienes controlan la actuación de los poderes públicos frente a la Constitución. También México, hasta donde sé, con la reforma de la Constitución en 2011 y del amparo, ha entrado más claramente, aunque México ha tenido Constitución con reconocimiento de derechos desde el principio del siglo xx, muy importante, la primera con derechos sociales, esto es cierto, pero hasta esta década no ha tomado decisiones institucionales de forma clara en esta dirección y ahora ya las ha tomado, con lo cual el mundo se ha institucionalizado. Pero no solo esto; también ha cambiado la forma de ver el derecho de los juristas, y yo creo que esto sí lo recoge bien.

Cuando yo era un estudiante de doctorado, en la década de 1980, el siglo pasado —ya ha transcurrido algún tiempo—, en mi universidad, en la Universidad Autónoma de Barcelona, pero esto ocurría en toda España, mis colegas mayores, que estaban preparando sus concursos para ser profesores o catedráticos en nuestra universidad de todas las disciplinas, tenían mucho interés y todos describían —y esto ha seguido después— una parte de su primer ejercicio de cátedra, que era una especie de memoria, una parte que era el derecho mercantil desde un

punto de vista constitucional, el derecho fiscal, la constitucionalización del derecho fiscal, la constitucionalización del derecho penal, la constitucionalización del derecho comercial y todas las ramas del derecho miradas desde la Constitución. Esto antes no era así y ha sido un cambio cultural importante.

Ahora bien, los juristas piensan que aquellos principios que establecen derechos recogidos en las constituciones se irradian a todo nuestro ordenamiento jurídico y tienen que ver claramente con cómo pensamos los problemas jurídicos, es decir, no solo cómo los resolvemos, sino también cómo los pensamos, y este es un cambio. Este cambio está mejor retratado que por nadie: por el que fue el presidente de la Corte Constitucional italiana, el importante constitucionalista, y creo que también conocido en México, Gustavo Zagrebelsky, quien tiene un libro que en español se tradujo como *El derecho dúctil*, porque en la expresión italiana *Il diritto mite*, la palabra *mite*, la *mitezza*, no la tenemos en español; es una palabra que viene del latín, efectivamente, y que a veces se traduce como *dúctil* y a veces como *templanza*, *mansedumbre*. La idea es un tiempo suave, un tiempo agradable, un tiempo *mite*, dicen los italianos, esa es la idea, un clima suave, un clima agradable, un clima *mite*. *Il diritto mite*, recomiendo este libro para comprender esta posición. Entonces, aun si era un nombre de un espantapájaros, sirve, me parece, para establecer algunos rasgos centrales de la cultura jurídica contemporánea; esto es lo que quiero decir con la segunda tesis.

Pasemos a la tercera tesis, entonces. Una de las grandes dudas y batallas que se presenta en esta cuestión es si el neoconstitucionalismo supone el abandono de la doctrina de positivismo jurídico, que tan importante ha sido.

Mi posición al respecto es una cuestión muy moderada, y miremos lo que ocurre. Hay varios modos de ser neoconstitucionalistas, hay un modo positivista y uno antipositivista, y aunque luego diré algo sobre eso, me puedo remitir para esto a una cuestión más bien descriptiva: ¿qué es?, ¿qué ocurre? Pues que hay personas que están en esta corriente cultural a la que me refería en la segunda tesis, que claramente están inmersos en esta corriente cultural, como, por ejemplo, Luigi Ferrajoli, pero que se consideran positivistas. Y no solo Luigi Ferrajoli; Hart aceptaba muchos de estos puntos, y Bawcom, en Canadá, los acepta.

Y yo hago mención de Ferrajoli, pero hay otros, como los italianos Giorgio Pino y Bruno Celano, Luis Prieto, en España, y yo mismo, que por una u otra razón se consideran positivistas.

En cambio, hay autores que son claramente antipositivistas porque lo han dicho y en sus obras han afirmado de forma puntual que rechazan las decisiones del positivismo jurídico, como Robert Alexy, Ronald Dworkin, el antipositivista más famoso anglosajón, y Manuel Atienza, quien lo ha dicho de manera expresa.

Bueno, tal vez la discusión así, tan en grande, no sea muy fructífera; la discusión que puede serlo más es la que se produjo en España en un número de *doxa*, a partir de un trabajo de Luigi Ferrajoli, llamado “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en el que Luigi Ferrajoli quiso distinguir dos tipos en esta grande corriente: uno que era más antipositivista, principialista —él decía—, y uno garantista. Con tres tesis, rechaza la separación entre el derecho y la moral, acentúa, agudiza las distinciones entre principios y reglas y sostiene que el razonamiento jurídico, cuando se aplican principios, debe acudir a la ponderación; en cambio, con las reglas se decide la subsunción. A Ferrajoli le parece que estas son tesis que alejan la posición del positivismo, porque, en su postura, la distinción entre el derecho y la moral debe ser mantenida por una razón que creo posible en este caso, que es que la validez jurídica de una norma no implica necesariamente su justicia, como lo dicen, y la justicia no implica necesariamente su validez jurídica. Esto, dicho así, parece muy plausible en primer lugar, pero después también sostiene que insistir tanto entre el principio y las reglas y la ponderación da demasiado poder. Ferrajoli también está preocupado por el activismo judicial, que da demasiado poder a los jueces e incluso, él dice, remata la fuerza normativa, porque él piensa que no hay esta gran diferencia entre los principios y las reglas y que los derechos son derechos en serio y no se tienen que ponderar.

Lo que pasa es que, otra vez aquí, se muestra la visión que Ferrajoli tiene de lo que llama positivismo principialista, que es más o menos que los jueces siempre pueden apartarse de las reglas en virtud de dos principios que son de la moral y siempre pueden exceptuar la aplicación de una regla en virtud de los principios. Esto casi no lo ha defendido nadie. Una tesis tan fuerte como esta la defiende un profesor español, recientemente catedrático en la Universidad de

Castilla-La Mancha, llamado Alfonso García Figueroa, una persona capaz, que tiene algunos trabajos muy relevantes, pero defiende una posición. La comento con un caso, uno en España que se conoció como el caso Noara, en el que una niña, Rocío, recién nacida en Noara, necesitaba para seguir viviendo un trasplante de hígado, para seguir viviendo con el hígado de otra persona, y no encontraban a nadie que fuese compatible; lo era su madre, quien se llamaba Rocío, pero ella no tenía todavía 18 años, le faltaba algún tiempo para cumplirlos. La ley de trasplantes entre vivos en España establece claramente que solo es posible entre mayores de edad, solo un mayor de edad puede donar; entonces se generó ese dilema moral. La interpretación de Alfonso García Figueroa es que, en este asunto, a la jueza, que era de Sevilla, se le preguntó y, con un argumento complicado que no viene al caso, autorizó el trasplante. Lo que viene a decir García Figueroa es que este caso prueba cuando el derecho produce consecuencias contrarias a la moralidad.

Creo que esto es una mala reconstrucción de lo que ocurrió, porque el derecho es suficientemente *mite*, dúctil, y tiene suficientes recursos como para decir que la decisión era de acuerdo con el derecho. Porque, aunque es cierto que la ley de trasplante de intervivos en España establecía que este solo puede ser hecho por un mayor de edad, la pregunta que debemos hacer es: ¿cometen algún delito el médico que autoriza esta cuestión y la madre de Rocío, que también lo quería, claro, que la incita a hacerlo? Y creo que tenemos muchos argumentos para decir que no, tenemos toda la doctrina del estado de necesidad del derecho penal para decir que, en este caso, si bien ese comportamiento está prohibido, si bien obviamente no se puede hacer, está justificado por el estado de necesidad, y esto claro que lo podemos hacer, los juristas están acostumbrados, o es que no está prohibido matar a otro, pero está justificado en legítima defensa; por supuesto, está prohibido, pero si es en legítima defensa, la prohibición cede. Creo que habría que hacer una interpretación como esta, pero podemos discutirlo después.

Pasemos a la tesis cuarta. Esta dice que una constitución rígida con declaración de derechos y control jurisdiccional de la constitucionalidad, que define al núcleo institucional de esta cultura, no es una condición ni necesaria ni suficiente de la prohibición de los derechos humanos, pero es una condición contribuyente. ¿Por qué digo que no

es una condición necesaria ni suficiente? Ferrajoli algunas veces lo plantea como si lo fuera, pero yo trataré de mostrar que no lo es. Por ejemplo, hay un derecho humano a una alimentación adecuada; obviamente, en esto todos estamos de acuerdo, es una condición necesaria que la Constitución lo establezca y lo proteja. Pues no parece, nuestra Constitución no lo establece. Pero no quiero hablar de España, pensemos en un caso más claro.

La Constitución holandesa no lo establece, y además en Holanda no hay control jurisdiccional de la constitucionalidad; es más, la Constitución holandesa, que es del siglo XIX, dice que los jueces tienen prohibido inaplicar una ley por considerarla inconstitucional, porque todavía tienen la cultura de la legalidad del Estado legislativo, que diríamos que es del siglo XIX. Ahora bien, en Holanda hay un derecho a la alimentación y está protegido, y no conozco a ninguna persona en el mundo que diga que hay desnutrición en Holanda, ningún informe en el mundo que diga que ahí hay desnutrición, o sea, no es una condición necesaria. Tampoco es una condición suficiente. Y aquí lo diré, y lo tengo publicado así; por lo tanto, me refiero a México. La Constitución mexicana actual, en el artículo 4, dice que “toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad” y añade que “el Estado la garantizará”. Esto dice la Constitución mexicana, pero en México lamentablemente, como ustedes saben, hay más o menos, de acuerdo con estadísticas también mexicanas, 12.5 % de la población que sufre de desnutrición crónica. O sea, no es suficiente tampoco, hay que hacer otras cosas; no es necesario, en Holanda, no es suficiente, como lo muestra México.

Eso quiere decir que también hemos de ser frágiles, más humildes acerca de lo que esperamos, de lo que podemos esperar que se establezca en la Constitución; esto significa que es irrelevante una constitución rígida con control de constitucionalidad, desde luego que no, esto no lo creo en absoluto, por eso digo una condición contribuyente.

Los filósofos dicen que una condición contribuyente es una condición necesaria de una condición suficiente. Bueno, sin jugar con las palabras, ¿qué quiero decir con esto? Que entre los 20 o 30 países más avanzados, los primeros en Naciones Unidas en índice de desarrollo humano, las democracias constitucionales que tienen un modelo como este, son una mayoría aplastante, y en ese sentido podemos pensar

que es buena idea tener estos mecanismos para conseguir establecer estas consecuencias de sociedades más libres, más verticuladas y mejor ordenadas.

Ahora, siendo humildes respecto a lo que el derecho puede ser, una vez escribí que la concepción constitucionalista de Ferrajoli es algo panglosiana —recordando *Cándido*, de Voltaire—, en el sentido de que piensa que si tú tienes una constitución así, entonces ya tendrás un mundo jurídico posible mejor, y esto no es automático, lo que quiere decir es que tendremos que poner algunos límites a esta idea.

Pasemos entonces a la tesis cinco, que explicará cómo pueden ser esos límites. Esta dice que las garantías secundarias sin garantías primarias son impotentes, porque están en el núcleo del constitucionalismo. Bueno, esto lo podemos explicar en términos de Luigi Ferrajoli, pues las escribió en el famoso libro *Principia iuris*, porque la descripción de las garantías secundarias y las garantías primarias es de Ferrajoli. ¿Qué quiere decir con estas expresiones Ferrajoli? Dice que las garantías primarias de nuestros derechos constitucionales —esto es lo que quiere decir— son las medidas legislativas y ejecutivas que deben tomarse para que esos derechos estén protegidos. Si la Constitución establece el derecho a la participación política, incluido el derecho al voto, entonces la legislación, ustedes y el Ejecutivo deben establecer un sistema para que la participación política, el derecho al voto, se dé en circunstancias de transparencia y de imparcialidad, y ustedes han construido toda su jurisdicción electoral, tan importante, para garantizar esto precisamente. Estas son garantías primarias, que establecen esto como garantías primarias.

Pensemos en un derecho social: el derecho a la salud. Este no se protege solo proclamándolo, sino estableciendo un sistema que puede ser público, privado o mixto, pero que permita un acceso universal de todos los servicios de salud cuando los precisan; esto es lo que exige, ¿y eso cómo se hace?, con medidas legislativas y una administración robusta, eficiente y preparada, claramente.

Entonces, esas son las garantías primarias que establecen lo que Ferrajoli llama, en esta construcción dinámica del ordenamiento, lagunas y antinomias. ¿Cuándo hay lagunas?, cuando, por ejemplo, el Estado no diseña este sistema de salud con acceso universal; esto es una laguna para Ferrajoli. ¿Cuándo hay una antinomia?, cuando el Estado

protege el derecho a la participación política y algunas leyes lo impiden; esto es una antinomia.

Entonces, ¿cómo son las garantías secundarias?, son los sistemas judiciales que vienen a sancionar la falta de garantías primarias, las garantías secundarias son reparadoras. Pero Ferrajoli es consciente de que las garantías secundarias, sin ninguna garantía primaria, son impotentes; significa que no podemos pedir a los jueces que sustituyan el sistema hospitalario, esto no lo podemos pedir, es decir, hay que buscar entonces una colaboración. Conozco algunos casos también de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México, donde se ha dicho esto, una colaboración de la Corte urgiendo al Ejecutivo a que tome decisiones para paliar algunas de estas faltas, pero tienen que ser por el diálogo, porque el Poder Judicial no puede generar un sistema hospitalario, un sistema fiscal de distribución de la riqueza o un sistema electoral por sí solo, no puede; solamente puede, claro, resolver cuestiones individuales, que es para lo que los jueces están preparados, y la Corte puede resolver problemas individuales y remediarlos, pero no puede, sin otros elementos, llevar a cabo esto.

Lo anterior es muy importante porque algunas veces en Latinoamérica se critica el neoconstitucionalismo al decir que este produce un activismo judicial contrario a la soberanía parlamentaria; esta es una de las críticas que con frecuencia se utilizan, y entonces se pone muy a menudo el ejemplo de los derechos sociales, pero yo creo que este es un tema opuesto, porque las constituciones, muchas constituciones latinoamericanas actuales —como la mexicana hoy en día, con la regulación del amparo unida a ella, y la colombiana, por ejemplo—, establecen esos derechos sociales y su custodia por medio del amparo, y los jueces son competentes para hacerlo, no es que sean activistas.

Ahora bien, ¿por qué esta crítica a veces funciona?, porque es verdad que no son activistas, pero también lo es que, ante la absoluta ausencia de las garantías primarias, que en algunos casos se da, los jueces solos no pueden crearlas; es decir, los derechos sociales, para ser protegidos, necesitan de una redistribución de la riqueza y de un sistema, de un Estado, de una administración, ya lo he dicho, imparcial, eficiente, preparada, capaz y robusta.

En España —cuando les comento esto a latinoamericanos siempre se extrañan— hay derecho a la salud, por supuesto, es un derecho

protegido por el amparo, derecho a la educación, sí, pero es igual para el caso; hay acceso universal a la sanidad, todos los españoles residentes en España tienen acceso universal, con su DNI pueden acceder universalmente. No hay ningún caso ni de amparo ni de otro tipo ante los tribunales por esta razón, porque todo el mundo piensa que esto lo resuelve la administración hospitalaria; se dirigen a los hospitales y si hay algún problema lo resuelven ahí, pero nadie piensa que esta es un cuestión judicial, y esto es en España.

En Europa es importante darse cuenta de que los derechos sociales no los pueden instaurar los jueces solos, porque hay una política que requiere de las tres ramas del gobierno, de la concertación de las tres ramas del gobierno, y más, son más importantes las ramas legislativa y ejecutiva que la judicial para pronunciar los derechos sociales, y esto es muy importante decirlo en Latinoamérica, porque si no, se producen frustraciones o inconsecuencias.

Me han contado que, en Colombia, la Corte colombiana, como saben, ha sido muy activa en la cuestión de la producción al derecho a la salud, pero generando algunas contradicciones, como, por ejemplo, el hecho de que recibe a un colombiano de clase alta que tiene por desgracia una enfermedad, por decir, un cáncer que no se cura en Colombia (o no está tan avanzada la medicina en Colombia), y se va a Houston, vuelve, reclama a su Estado y, por ejemplo, la Corte establece tener que indemnizarlo con dos millones de dólares, porque esto ha costado su tratamiento; pero, a la vez, en Colombia mueren en comunidades indígenas, todas las semanas, personas de apendicitis, que no van al hospital ni saben que hay recurso de amparo, ni tienen ninguna posibilidad, y esto no puede ser, pero ¿esto cómo se resuelve?, con un sistema hospitalario con acceso universal.

Pasemos a la tesis seis. El constitucionalismo debe dar una respuesta a la objeción contramayoritaria. Algunos lo hacen y otros, no; Ferrajoli, por ejemplo, no suele ver esto.

¿Qué es la objeción contramayoritaria?, es el lenguaje que utilizó la dificultad contramayoritaria; el término se expuso en 1962 en un libro de Alexander Bickel, un importante constitucionalista estadounidense, que se llama *The last dangerous prime*, es decir, la menos peligrosa rama de un gobierno, que era una expresión del federalista en la discusión general.

¿Cuál es la acusación? Que si tenemos un órgano como la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional, que puede enmendar la plana al legislador que ha decidido democráticamente, tal vez después de una deliberación, una determinada posición, esto va contra la idea de que en la democracia prevalecen las mayorías y la voluntad de la mayoría; esta es la objeción contramayoritaria, es la objeción democrática, digamos, al control de constitucionalidad.

Creo que debemos dar una respuesta a esta objeción. Algunas veces Luigi Ferrajoli no quiere darse cuenta de esto porque en él hay una poderosa teoría de la justicia y teoría de la constitución que lleva a lo que él llama la esfera de lo indecible. Los derechos son la esfera de lo indecible, aquello en lo que el legislador no puede intervenir; antes, Ernesto Garzón Valdés, que es un maestro de todos nosotros, habló del “coto vedado” de los derechos.

Entonces Ferrajoli, otra vez algo optimistamente, algo panglosianamente, si se quiere, piensa que no hay objeción posible porque lo único que hizo el Tribunal Constitucional, es decir, el legislador, fue decidir en cuestiones que son indecibles, que estaban en la esfera de lo indecible; por lo tanto, esto era injusto. Pero, claro, una doctrina de la justicia, para ser institucionalmente responsable, debe ir acompañada siempre de una doctrina de la autoridad. ¿Qué quiere decir una doctrina de la autoridad?, una doctrina que diseñe un mecanismo para decir quién es el que tiene la última palabra. ¿Y por qué necesitamos esto?, porque discrepamos acerca de quién tiene la última palabra en la protección de la Constitución.

En Estados Unidos de América discrepan sobre si la pena de muerte es cruel; en todos los países hemos tenido dudas acerca de si el matrimonio entre personas de un mismo sexo era constitucional o no, por decir ejemplos recientes. Tenemos dudas diversas.

Otras cosas se han discutido: si es legítimo o contrario a la libertad de expresión establecer en el Código Penal que es un delito quemar la bandera nacional o que es un delito negar el holocausto o los genocidios; todas estas cuestiones, que son de todas nuestras jurisprudencias, son cuestiones en torno a las cuales discrepamos los ciudadanos, o sea, discrepamos entre nosotros acerca de esto.

Y entonces la pregunta es: ¿por qué vale más la decisión, por cierto, también por mayoría, de un panel de jueces que la decisión por mayoría de los representantes de los ciudadanos? Esta es la discusión a la que hay que dar una respuesta.

Hay que dar una respuesta a diversas discusiones. En los últimos años, un filósofo neozelandés que ahora es profesor en Guayul, Jeremy Waldron, muy potente, ha establecido un montón de objeciones contra el control de constitucionalidad desde este punto de vista de la democracia y el derecho a la participación política. Esto ha tenido mucho éxito; incluso algunas de las ideas de Waldron son seguidas en Latinoamérica, por ejemplo, por Roberto Gargarella, que defiende expresamente esta posición, e incluso en México me consta que ha habido una discusión relevante acerca de esto, aunque algunos han sido más dworkinianos, como Carbonell; más moderados, como Rodolfo Vázquez, pero más dworkinianos, y otros han sido más waldronianos, como el director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, jurista importante que se formó con Bovero, en Turín. En realidad ha habido esta discusión.

Mi opinión es que el control de constitucionalidad en algunas culturas jurídicas está justificado; tal vez en otras no es necesario. Si me preguntan si es necesario en Holanda, diría que ahí hay una cultura de respeto a los derechos, no hay estas limitaciones por parte del Estado y no hay control de constitucionalidad. Tal vez en Holanda no es necesario, pero en países que salían de circunstancias de dictadura o que tienen déficits democráticos, como es el caso de México, históricos, que han tenido déficits democráticos históricos, creo que introducir este *check and balance*, este control, es justificable y a menudo razonable.

Mi tesis es una doctrina constitucionalista consciente de confrontar una respuesta por objeción contramayoritaria. No es razonable decir que no hay problema con esto, que no es una objeción seria; es una objeción, hay que tomarla en consideración, creo que se puede, insisto, responder a ella.

Pasemos a la tesis número siete. En las últimas tesis un poco más filosóficas, dicen que el constitucionalismo pone en cuestión la primacía de la certeza del positivismo normativo (este último era lo que defendía Scarpelli), pero está presente en todos los positivistas una gran defensa del positivismo jurídico, según la cual, para identificar lo

que el derecho establece, es suficiente con acudir a las fuentes sociales, a las leyes, a los precedentes; esta es la idea central. Tiene como valor detrás de esta idea —y esto es muy importante desde la Ilustración— la certeza de la seguridad jurídica.

Así podríamos preguntarnos: ¿por qué es importante en el positivismo jurídico que se pueda establecer lo que el derecho requiere mediante el acceso a las fuentes? Es importante porque esta es la forma de respetar la autonomía de los ciudadanos, porque de este modo los ciudadanos pueden hacer planes de vida y tomar decisiones sabiendo con certeza qué les ocurrirá si deciden ir a más velocidad por la autopista o conducir en estado de ebriedad, o lo que sea, toman decisiones. Las leyes dicen claramente qué puede ocurrir en estos casos, con lo cual la certeza es un valor de la ilustración jurídica central y es un valor de nuestras culturas jurídicas, es un valor al que los positivistas se refieren siempre.

Digámosle un poco también a Waldron sobre esto; dado que en cuestiones morales y políticas discrepamos mucho y hay bastante discrepancia en nuestras sociedades plurales, acabemos con estas discrepancias por medio de un derecho social, que progresivamente vamos cambiando —porque es un resultado lo que quiere la mayoría—, pero que distribuye los derechos y deberes con imparcialidad. Es una buena idea, una idea sana y yo la comparto para muchas cosas; lo que pasa es que esta idea, en mi opinión, no debe llevarse al extremo, porque en muchos casos, y sucede en varias de las esferas del derecho, llevarla al extremo sería llevarla a un formalismo interpretativo que produciría necesariamente injusticias, porque todas las reglas llevadas al extremo tienen casos de infrainclusión y de sobreinclusión, como nos lo dice Frederick Schauer.

Pondré el ejemplo de Frederick Schauer —que tal vez así nos entendemos—, pero esto sucede muchas veces en el derecho; él dice que si en un restaurante hay un cartel que dice “se prohíbe la entrada con perros en este restaurante”, esto es una regla razonable que sirve para denegar la entrada a alguien que va con un pastor alemán. Ahora, es una regla sobreincluyente e infraincluyente porque incluye también el caso de una persona invidente que va con un perro guía, con un perro lazarrillo, y los perros guía están amaestrados, ni huelen, y parece irrazonable no dejar entrar a un ciego en un restaurante con un perro

guía; en cambio, esta regla no prohíbe la entrada con un león, y sería bueno que el portero no dejara entrar a uno que no es un perro, sino un león.

Eso sucede muchas veces en el derecho y se ha estudiado desde Aristóteles. ¿Cómo ataca esto el derecho?, disminuyendo con certeza, pero poniendo diferencias que permiten al aplicador de un derecho aplicar estos casos adecuadamente a la realidad. ¿Cuáles son esas diferencias?, las causas de justificación, el derecho penal, en los conceptos indeterminados y en las cláusulas generales del derecho privado, del derecho público, hay muchas posibilidades de esto, para impedir esto; por lo tanto, en el derecho contemporáneo hay una incorporación de la moralidad por medio de estas diferencias, y esto permite a los aplicadores de un derecho aplicarlo, pero esto —yo creo— está justificado, porque llevar la certeza al extremo es llevarla a un formalismo de consecuencia absurdas.

Encontré un caso en Estados Unidos de América en el siglo XIX, que le gusta mucho citar al filósofo del derecho Michael Moore y que se llama Kirby vs. United States. Kirby era un *sheriff* muy servil que perseguía a una persona que había cometido un homicidio y lo detuvo; hizo parar un barco en el río Misisipi, creo, y detuvo al homicida, pero él fue procesado porque el homicida era un correo federal. Como ustedes saben, hay un delito federal que sanciona, impone una pena, al que obstaculizare o detuviere al correo federal. Y el *sheriff* detuvo a quien llevaba un correo federal. Este asunto llegó a la Corte Suprema, incluso en el siglo XIX.

La Corte Suprema, que no tenía todavía las causas de justificación, resolvió diciendo que nunca las leyes deben ser interpretadas (esta era una cuestión de los glosadores medievales) de modo que produzcan consecuencias absurdas o gravemente injustas; resolvió así. Pero ¿qué es lo que diríamos nosotros de este caso?, diríamos que es verdad que cometió los hechos del tipo penal de obstaculizar o detener el correo federal; sin embargo, es cierto que está justificado, que lo hizo en cumplimiento de un deber. Esto es lo que quiero decir: el formalismo extremo llevaría a no tener solución para estos casos, y esto es lo que no puede suceder.

Bueno, pasamos a la octava tesis, la cual dice —y esta es otra discusión que se ha producido muchas veces, por eso la quiero poner de

manifiesto aquí— que el no objetivismo ético no forma parte de la definición del positivismo jurídico.

Algunos positivistas han dicho que el positivismo jurídico está caracterizado obviamente por las tesis de las fuentes, la separación conceptual del derecho laboral, pero también por el escepticismo ético, por pensar que en materias morales no hay verdades objetivas, no hay criterios objetivos, que la moral es una cuestión que depende de nuestras preferencias y, por lo tanto, es subjetiva y relativista, que no sirve para tomar decisiones que todos podamos compartir. Esta es una tesis que muchos han defendido.

Ahora solo quiero decir que situar como un rasgo definitorio al positivismo jurídico, el no objetivismo ético, es muy estéril desde el punto de vista de dar cuenta de la tradición de oportunismo jurídico. Hay un gran positivista jurídico, uno de los padres del positivismo jurídico anglosajón, John Austin. Él escribió un libro que fue muy importante en el mundo jurídico inglés, *The province of jurisprudence determined*, en el cual defiende una concepción positivista del derecho; Austin es el autor de la frase “una cosa del derecho tal como es y otra es un mérito”, pero él cree que, de acuerdo con el principio de utilidad del derecho, él pensaba —en divino— que estaba encima del derecho humano, que sirve para evaluarlo y que esto era objetivo. Es decir, ahora, si ponemos como definitorio el no objetivismo ético, tenemos que concluir que John Austin no era un positivista, y esto parece muy irrazonable; es decir, si yo tengo una definición de racionalismo filosófico en el cual Descartes no es un racionalista, lo que tengo que hacer es cambiar la definición. Como lo han dicho algunos positivistas —esta es mi crítica—, en el primer Congreso Latino en Alicante, Riccardo Guastini dijo: “es que una tesis del positivismo jurídico es el escepticismo ético, yo creo que esto no se adecua con la realidad”.

La novena tesis nos dice que tenemos una discrepancia de preferencias y los dos queremos estar juntos; ¿cómo sería razonable resolver esta diferencia de preferencias?, sería razonable resolverla tirando una moneda al aire, diciendo algo como “los miércoles decides tú, los viernes decido yo”, algo así, como hacen los amigos, una cosa así. Entonces el criterio ya no es tan claro pese a la imparcialidad; si yo le dijera a José Luis, el magistrado Vargas, que quiero ir a ver una *snep movie*, no un concierto de música barroca, sino una *snep movie*, pues sería muy

razonable que mi amigo, el magistrado Vargas, se negara a eso y tratara de convencerme a mí de no hacerlo, porque eso es inmoral, porque cuando una preferencia es moral, no aceptamos que el criterio para resolverlo sea la imparcialidad. Yo creo que es un argumento que refuta el subjetivismo. No es verdad que las preferencias morales funcionen como las preferencias de otras cosas subjetivas, no es verdad, no lo pensamos así; pensamos que en nuestras preferencias morales hay criterios externos a lo que yo deseo para establecer, y esto me parece una invitación a aceptar algún tipo de objetivismo.

Pasemos a la décima tesis, que es una tesis solo cautelar. Esta dice que el objetivismo no implica necesariamente el realismo metafísico y moral. Algunos están preocupados porque la solución del objetivismo ético representa un compromiso con alguna metafísica extraña, y en nuestras culturas siempre se piensa con la metafísica demasiado robusta y llena de aspectos aristotélicos y tomistas de nuestro catolicismo de la infancia. Es cuestión de pensarse.

Esto no es verdad. Hay muchos objetivismos éticos que dicen que hay objetividad genética; solamente quiere decir que hay mejores razones y peores razones y que el comportamiento subjetivo es correcto desde el punto de vista objetivo. Puedes objetivizar de manera correcta, por ejemplo, que la esclavitud es injusta, es subjetivamente correcto, solo quiere decir que ninguna persona razonable rechazaría que la esclavitud es injusta, y podemos llegar a un acuerdo acerca de ello.

Terminaré diciendo que el neoconstitucionalismo expresa en nuestras culturas que es un síntoma —lo voy a decir así— de la cultura jurídica del presente, con sus luces y sus sombras, con sus problemas, con sus discrepancias en el interior, con versiones distintas y plurales, pero a lo que no podemos cerrar los ojos es al hecho de que nuestra cultura jurídica desde principios del siglo XXI no es como la cultura jurídica de principios del XIX, sino que está inmersa en este tipo de debates y esto es lo que la caracteriza, y tenemos que encontrar la luz a partir de estos elementos que configuran nuestra cosmovisión.