GARANTISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO
FRENTE A FRENTE. ALGUNAS PROPUESTAS
PARA ESQUIVAR CONFUSIONES RECURRENTE

Pedro Salazar Ugarte

«Sé muy bien que es difícil despojarse de las preferencias propias, pero en esto consiste justamente la nobleza del científico. La neutralidad axiológica es la virtud del científico, como la imparcialidad es la virtud del juez. A nadie se le ocurría sugerir a un juez que dado que resulta difícil ser imparcial más vale no serlo».
(N. Bobbio¹)

En este ensayo propongo una reconstrucción esquemática de dos de las aproximaciones teóricas más acreditadas en el ámbito italo-iberoamericano al derecho constitucional contemporáneo: el garantismo y el neoconstitucionalismo. Ello con la finalidad de evidenciar sus semejanzas pero, sobre todo, sus distinciones. El objetivo resulta relevante, cuando menos, por las siguientes razones: *a*) ambas aproximaciones dan cuenta de la existencia y operación del modelo democrático constitucional vigente en la mayoría de los Estados occidentales; *b*) al menos en el ámbito europeo continental (en particular en el contexto italiano y español) y latinoamericano, el garantismo y el neoconstitucionalismo, se han convertido en el centro del debate sobre la teoría constitucional y de teoría de la constitución; *c*) al grado que muchos estudiosos confunden ambas aproximaciones llamando «garantistas» tesis propias del neoconstitucionalismo y viceversa; *d*) sin embargo, más allá de las semejanzas, las diferencias entre ambas conceptualizaciones son teóricamente relevantes y tienen consecuencias significativas sobre todo en el ámbito de la justicia constitucional cuando se trata de interpretar y aplicar las normas de principio que recogen a los derechos fundamentales de las personas y los principios que ofrecen sustento al constitucionalismo democrático.

1. *Teoría general de la política*, Iruña, Madrid, 2009, p. 86.

I

Desde el punto de vista histórico y positivo es un hecho que los modelos constitucionales de posguerra contienen rasgos distintivos que dieron origen a un nuevo paradigma jurídico. Aunque no puede hablarse de una ruptura con los ordenamientos liberales precedentes sí es posible sostener que entre unos y otros existen diferencias sustantivas. Ferrajoli ha insistido sobre este punto en diversas ocasiones llamando nuestra atención sobre el surgimiento de una «ola de constitucionalismo democrático» en Occidente². En términos generales los elementos de este modelo constitucional y democrático (surgido y madurado en los países de Europa occidental pero, posteriormente, adoptado en América Latina³ y, después de la caída del muro de Berlín, en Europa del Este) son los siguientes: *a*) la vigencia de constituciones escritas, consideradas como normas supremas y caracterizadas por su rigidez; *b*) un amplio catálogo de derechos fundamentales (las más de las veces contenidos a través de formulaciones de principios susceptibles de ser interpretados); *c*) principio de separación de poderes; *d*) mecanismos de control y garantía constitucionales en manos de tribunales especializados (cortes o tribunales constitucionales), y *e*) constitucionalización de las instituciones y reglas propias de la forma de gobierno democrática de gobierno (voto igual y libre, partidos políticos, regla de mayoría, protección de los derechos de las minorías políticas, etcétera).

Esta articulación constitucional —llamada «constitucionalismo de posguerra» o, para ampliar el horizonte y abrazar realidades que están más allá del contexto europeo, simplemente, «modelo democrático constitucional»— ha ocupado la atención de los estudiosos del derecho constitucional contemporáneos. Podemos sostener, de hecho, que el objeto de estudio de los teóricos del derecho constitucional contemporáneo es, en lo fundamental, el mismo. Y ello vale también, con algunos matices que no impiden mantener firme la premisa, para el constitucionalismo de los Estados Unidos de Norteamérica. Sin embargo, aunque las instituciones y sus reglas de operación sean básicamente las mismas, existen diferentes aproximaciones teóricas para explicar y prescribir su funcionamiento. Podemos decir que las teorías constitucionales estudian un objeto común pero lo hacen de manera distinta.

El garantismo y el neoconstitucionalismo son dos de estas aproximaciones que, con un enfoque ideológico y una política constitucional similares, se ocupan del modelo democrático constitucional. Ambas aproxima-

2. Sobre la distinción entre diferentes paradigmas jurídicos, cf. L. Ferrajoli, «Pasado y futuro del Estado de derecho», en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 13-29; L. Ferrajoli, *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004.

3. No ignoro el surgimiento, en los últimos años del siglo XX y la primera década del XXI, de lo que se ha conocido como «nuevo constitucionalismo latinoamericano» que, con una fuerte inspiración rousseauiana, ha emergido en países como Venezuela, Ecuador y Bolivia.

maciones, sin duda, comparten algunas premisas importantes pero, como intentaré demostrar, no deben confundirse. Mostrar en qué consisten sus diferencias es importante porque existe una tendencia, cada vez más generalizada entre los estudiosos del derecho, a difuminarlas al grado de utilizar los términos garantismo y neoconstitucionalismo como si fueran sinónimos. Evidenciar este equívoco no solo tiene relevancia teórica sino que también conlleva una finalidad práctica en el ámbito de la justicia constitucional como intentaré mostrar al final de este trabajo. En concreto, al menos en el ámbito latinoamericano (y en el mexicano en particular), puede ser útil para evitar que los jueces usen retóricamente alguna de estas aproximaciones teóricas (en particular el garantismo) para arrojar decisiones que, en todo caso, responden a enfoques neoconstitucionales⁴. Y ello, como veremos, es trascendente si consideramos que estos últimos son más obsequiosos con la discrecionalidad judicial.

II

Podemos decir que el salto desde el Estado legalista decimonónico hasta el Estado constitucional contemporáneo es constatado y celebrado tanto por los garantistas como por los neoconstitucionalistas. Desde ambos miradores se observa con beneplácito que el legislador haya dejado de ser la fuente principal (y casi única) del derecho y que la ley haya quedado subordinada —formal y materialmente— a la constitución. Con ello, como ambos enfoques teóricos subrayan, la validez de las normas secundarias quedó sujeta a la verificación del cumplimiento de criterios formales y también (quizá sobre todo) materiales o sustantivos. Lo cual coloca a los estudiosos y aplicadores del derecho en una situación sin precedentes porque los documentos constitucionales que nos ocupan incorporan, como parámetro de validez material o sustantiva de las decisiones secundarias, «principios de justicia» abstractos e indeterminados referidos, sobre todo, a los derechos fundamentales de las personas. Estos derechos, de esta manera, se colocan en una situación de jerarquía superior al resto de las normas y decisiones jurídicas. En ello, me parece, están de acuerdo autores como Luigi Ferrajoli y Ronald Dworkin que pueden considerarse los precursores de ambas aproximaciones teóricas.

Estos autores estudian (pero también celebran la vigencia del) modelo democrático constitucional, reconocen y analizan los problemas que implica la vigencia efectiva del principio de separación de poderes, promueven la agenda de los derechos fundamentales y defienden su no-regresividad. Todo ello, coincidirían ambos, debe verificarse en el contexto

4. Para una crítica en este sentido orientada a valorar algunas decisiones del Tribunal Electoral y de la Suprema Corte mexicanos, cf. P. Salazar, J. Aguiló, M. A. Presno, *Garantismo español*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

de un sistema democrático de gobierno. Sin embargo, a pesar de esto último, tanto Ferrajoli como Dworkin piensan que el legislador democrático es un poder de producción normativa que debe estar sometido a la constitución por partida doble (por vínculos de forma y límites de sustancia) y que, a pesar de ostentar la representación democrática, puede y debe ser derrotado por las decisiones de los jueces constitucionales. En este sentido, ante las tensiones que cruzan el constitucionalismo democrático y que algunos autores han identificado como la «dificultad contramayoritaria», ambos estudiosos, inclinarían la balanza hacia la constitución⁵.

III

Si buscamos las raíces de ambas aproximaciones en la historia del pensamiento político encontraremos múltiples resortes compartidos. El contractualismo, con su poderosa metáfora del contrato social y, en particular, su derivación liberal —desde Locke hasta Bobbio— constituye un presupuesto común tanto del garantismo como del neoconstitucionalismo. Ello no debe sorprendernos porque el constitucionalismo moderno representa en cierta medida la materialización político/práctica del proyecto liberal. Por lo mismo no es errado sostener que el pensamiento de autores como John Locke, en el plano de las ideas, y mecanismos como la división o separación de los poderes, en el nivel de las instituciones, constituyen presupuestos compartidos y defendidos por los representantes del garantismo y del neoconstitucionalismo. Ambas aproximaciones se construyen desde los pilares del constitucionalismo liberal clásico.

La idea elemental compartida es que el poder político debe limitarse a través de instituciones y mecanismos jurídicos para ofrecer garantías a las libertades y derechos básicos de las personas. La 'teoría del poder' que descansa detrás de ambas aproximaciones es la misma y apuesta por el sometimiento del poder político a los rigores del derecho. Se trata de una tesis que, sobre todo los garantistas, hacen extensiva a los poderes privados. El «aire de familia» también se manifiesta en la vocación bienestarrista —entiéndase orientada hacia alguna modalidad de *welfare state*— de ambas aproximaciones teóricas y que se expresa en la concepción de la igualdad que presuponen y promueven y que se evidencia en la constitucionalización y garantía de ciertos derechos sociales. Y lo mismo vale, como ya hemos visto, para la agenda de instituciones y derechos que hacen a la democracia posible. En este sentido resulta atinado advertir que el pensamiento de Norberto Bobbio puede considerarse como telón

5. Sobre la «dificultad mayoritaria», la referencia obligada es A. Bickel, *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1962. Sobre las tensiones entre el constitucionalismo y la democracia, cf., entre otros, P. Salazar, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, FCE/IIJ-UNAM, México, 2006.

de fondo de estas concepciones jurídicas⁶. Ello a pesar de que, como se verá a continuación, solamente el garantismo desarrolle como parte de su modelo conceptual una teoría política propiamente hablando.

IV

No obstante lo anterior, desde su origen, ambas aproximaciones también presentan algunas diferencias. La más elemental es que el garantismo es, en primera instancia, una teoría que surge en el ámbito del derecho penal y que, solo después, en respuesta a las transformaciones de los modelos constitucionales, da el salto al ámbito más amplio del derecho y la justicia constitucionales⁷. El neoconstitucionalismo, en cambio, es una categoría conceptual inventada por los miembros de la escuela genovesa⁸, con la finalidad de ofrecer una dominación común a un conjunto de concepciones que tienen presupuestos y propuestas tan próximos que pueden considerarse como parte de una misma aproximación teórica. Y, precisamente por ello, cuando se habla del neoconstitucionalismo es menester reparar en las diferencias que cruzan a las obras de los autores que, no sin cierta arbitrariedad, reunimos bajo esa categoría: desde Dworkin hasta Zagrebelsky, pasando por Nino y Alexy, hasta algunas voces en América Latina como Miguel Carbonell o Carlos Bernal Pulido.

El garantismo, entonces, surge como una propuesta teórica específica y con rasgos característicos propios; el neoconstitucionalismo, en cambio, es una noción creada por los miembros de una escuela del pensamiento para dar nombre y agrupar la obra de un conjunto de teóricos con los que, dicho sea de paso, los genoveses sostienen fuertes diferencias. De esta manera, probablemente, autores como Dworkin o Robert Alexy no sepan que sus teorías se consideran neoconstitucionalistas en el ámbito de la doctrina constitucional italo/española/latinoamericana, como tampoco lo supo Carlos Nino que falleció antes de que el término se acuñara⁹; mientras que un garantista como Ferrajoli o como Perfecto Andrés Ibáñez sabe que lo es porque ha decidido serlo. Este hecho no le resta pertinencia al uso del membrete «neoconstitucionalismo» pero nos exige utilizarlo con mesura (salvo en aquellos casos en los que algún estudioso, voluntariamente, decida identificarlo con su teoría).

6. Esto no supone que todos los garantistas y neoconstitucionalistas conozcan la obra de Bobbio pero sí que, en sus concepciones y aspiraciones de fondo, comparten el aliento intelectual y el sentido político que inspiró la obra de este teórico de la política y del derecho.

7. Sobre este tema, cf., entre otros, P. Andrés Ibáñez, «Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción», en M. Carbonell, P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta/IIJ-UNAM, Madrid, 2009, pp. 60-61.

8. Esta es una tesis sostenida por Paolo Comanducci.

9. Sobre la obra y el pensamiento de Carlos Santiago Nino, cf. C. Rosenkrantz y R. Vigo, *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*, Fontamara, México, 2008.

En esta misma dimensión podemos delinear otra diferencia sutil pero importante. El garantismo es una teoría jurídica pero también tiene aparejada una teoría política (en concreto una teoría de la democracia), bien articulada y desarrollada. Y, aunque la primera surgió primero —podemos decir que su nacimiento coincide con la publicación de la obra de Luigi Ferrajoli *Derecho y razón. Una teoría del garantismo penal* en 1989¹⁰—, en realidad, entre ambas existe una simbiosis profunda. Dicha asociación se anuncia desde las páginas de aquella obra y, en un cierto sentido, se confirma en el conjunto de tesis que dan forma a la obra mayor del mismo autor: *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*¹¹. Sin dicha dimensión política la teoría garantista pierde su horizonte de sentido y su encuadre conceptual. Esto es así porque, abiertamente, es una teoría que observa al derecho desde el balcón del poder y que ofrece una articulación compleja entre ambas dimensiones. Es, por decirlo de alguna manera, una teoría positivista y materialista al mismo tiempo que, no obstante ello, tiene una vocación utópica.

Por su parte, el neoconstitucionalismo, al no ser una teoría sino una categoría que sirve para conjugar el pensamiento de diversos teóricos del derecho, se limita a reunir un conjunto de aproximaciones centradas en el fenómeno jurídico. Todas las teorías del derecho que llamamos neoconstitucionalistas tienen rasgos comunes y uno de ellos es que se ubican dentro del paradigma democrático pero no ofrecen una teoría política propia relevante. En todo caso, si nos atenemos al compromiso que comparten por la promoción de una agenda robusta de derechos fundamentales, tienen en común una idea más o menos común de lo que sería una sociedad justa pero no despliegan, propiamente, una teoría del poder. Podemos decir, en síntesis, siguiendo de nueva cuenta a Bobbio, que el garantismo se desliza por las dos caras de la moneda que acuña al Poder y al derecho mientras que el neoconstitucionalismo se ubica solamente en esta segunda dimensión¹².

V

Hasta ahora he mostrado más semejanzas que diferencias entre el garantismo y el neoconstitucionalismo. Esto nos ayuda a entender porqué

10. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2009.

11. *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 3 vols., trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011. La edición original italiana de la obra fue publicada en 2007. Para Mauro Barberis, «El talón de Aquiles del neoconstitucionalismo de Nino reside sobre todo en la tendente reducción del punto de vista normativo al punto de vista moral; en esto consiste, en otros términos, el imperialismo de la moral...» (M. Barberis, «Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral», en M. Carbonell y P. Salazar, *Garantismo*, cit., p. 270).

12. Esta diferencia adquirirá pleno significado más adelante cuando analicemos con detenimiento las diferencias metodológicas entre ambas aproximaciones.

algunos teóricos no reparan en las distinciones y agrupan ambas aproximaciones bajo la denominación única y común de «neoconstitucionalistas» o, en su defecto, de «garantistas». Así lo han hecho, no sin ciertos matices, por ejemplo, Paolo Comanducci y Sussana Pozzolo o, al editar un libro que de inmediato se volvió una referencia en el tema, Miguel Carbonell. En particular, la obra de Ferrajoli, para estos autores, queda catalogada dentro del conjunto neoconstitucionalista y, con ello, parecería que el garantismo pierde sus rasgos distintivos de identidad. La siguiente cita de Carbonell resulta emblemática:

Aportaciones como las que han hecho en diferentes ámbitos culturales Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís o el mismo Ferrajoli han servido no solamente para comprender las nuevas constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas¹³.

Aunque es cierta la influencia del pensamiento de estos autores en la creación y evolución del derecho constitucional contemporáneo (con lo que, de hecho, se confirma una tesis ferrajoliana centrada en el cambio de la función que tiene el jurista en el contexto del paradigma constitucional), desde mi perspectiva, existe una fuerte diferencia de fondo entre el garantismo y las teorías neoconstitucionalistas que suele pasarse por alto. La obra de Ferrajoli no facilita la identificación de esta distinción porque, este autor, en muchos de sus escritos, sostiene tesis que bien podrían ser catalogadas como neoconstitucionalistas. Precisamente por ello me parece relevante proponer una distinción entre la compleja y prolija obra de este autor y la teoría garantista que él mismo impulsó pero de la que en ocasiones se aparta. Esta disección entre el ferrajolismo y el garantismo no impide que a lo largo de este trabajo recurra a algunos pasajes de la obra de Ferrajoli para mostrar tesis propias del garantismo pero sí implica que esas referencias solo valen por el sustento que ofrecen a la argumentación central de este ensayo y no porque supongan una identidad entre el pensamiento del autor y la teoría de la que es precursor.

El punto de quiebre entre el garantismo y el neoconstitucionalismo, desde mi punto de vista, reside en la adopción firme del positivismo metodológico que promueve el primero frente a las tesis de los autores neoconstitucionalistas que aceptan la inclusión de algunos elementos de derecho natural en el derecho positivo. A diferencia del garantismo, el neoconstitucionalismo abandona la tesis central del positivismo que, con palabras de C. Nino, consiste en «que el derecho es un fenómeno social que puede ser identificado y descrito por un observador externo sin re-

13. M. Carbonell, «El neoconstitucionalismo en su laberinto», en M. Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta/UNAM, Madrid, 2007, p. 11.

currir a consideraciones acerca de su justificación o valor moral o acerca del deber moral de obedecerlo y aplicarlo»¹⁴.

El neoconstitucionalismo puede aceptar, siguiendo al positivismo jurídico, que el derecho sea un hecho social pero no que este pueda albergar cualquier contenido. Al menos no en el plano del discurso justificatorio en el que «los derechos humanos pueden entrar [...] solo cuando son concebidos como derechos morales, es decir, como derechos no derivados de hechos sino de principios morales ideales»¹⁵. Ambas premisas permiten distinguir el plano de la identificación del derecho del que corresponde a la justificación del mismo pero, en este último ámbito, suponen que solo los ordenamientos que tienen ciertas características y albergan un determinado contenido pueden entrar en el molde del constitucionalismo. Para autores como Dworkin, Nino, Zagrebelsky y Alexy, por ejemplo, ciertas normas jurídicas no solo son hechos sino también son valores (caso típico de los principios constitucionales) y, con ello, se alejan irremediabilmente del núcleo duro del iuspositivismo. Esto es así porque, dichos valores suponen, en mayor o menor medida, la incorporación de la moral al derecho. Ciertamente, entre los autores que consideramos neoconstitucionalistas, existen diversas posturas ante este tema: no es lo mismo, por ejemplo, la pretensión de validez del derecho que explica la vinculación entre la moral y el derecho en la obra de Ernesto Garzón Valdés o la postura frente al tema desde el liberalismo igualitario de Rodolfo Vázquez que el iusnaturalismo abierto de Gustavo Zagrebelsky o la confusión entre derecho y justicia que suponen algunas tesis de Robert Alexy. Pero en todos los casos, y este es el punto a considerar, estos autores se colocan del lado de la frontera de quienes sostienen que entre la moral y el derecho (para que este se justifique) existe un vínculo, aunque sea mínimo, ineludible. El garantismo, en cambio, para decirlo con Marina Gascón:

[...] es ante todo una tesis metodológica de aproximación al derecho que mantiene la separación entre ser y deber ser, entre efectividad y normatividad, y que rige en los diversos planos de análisis jurídico: el meta-jurídico del enjuiciamiento externo o moral del derecho, el jurídico del enjuiciamiento interno del derecho y el sociológico de la relación entre derecho y práctica social efectiva.

Proyectada en el enjuiciamiento *externo* o ético-político del derecho, la tesis metodológica del garantismo consiste en la absoluta separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, en definitiva entre el «ser» y el «deber ser» del derecho¹⁶.

14. C. Nino, «Sobre los derechos morales»: *Doxa* (1990), p. 48, cit. por E. Garzón Valdés en «Derecho y moral», en E. Garzón Valdés y F. Laporta (comps.), *El derecho y la justicia [Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía]*, vol. 11], Trotta, Madrid, 2000, pp. 397-421.

15. C. Nino, *The Ethics of Human Rights*, Clarendon, Oxford, 1991, p. 38.

16. M. Gascón, «La teoría general del garantismo», en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo*, cit., pp. 22-23.

En efecto, en el plano de la teoría jurídica, para el garantismo, a la vez que es necesario abandonar el positivismo ideológico, desde el punto de vista metodológico, debe mantenerse firme la tesis de la separación entre moral y derecho que permite ubicar esta teoría dentro del ámbito del iuspositivismo, en su caso, crítico.

VI

Para reforzar el argumento resulta útil identificar algunas de las tesis centrales que, según los creadores del concepto, caracterizan al pensamiento neoconstitucionalista¹⁷. Para Susana Pozzolo, por ejemplo, el neoconstitucionalismo se caracteriza precisamente por ser, a la vez, constitucionalista y antipositivista¹⁸. Para defender la constitucionalización de los derechos fundamentales (de un *Bill of Rights*), el neoconstitucionalismo, nos explica Pozzolo, abandona la tesis positivista de la separación conceptual entre derecho y moral. Y, en paralelo, propone un modelo axiológico-normativo para el desarrollo del derecho real: «una proyección evolutiva, expansiva y necesaria, del contenido del derecho constitucional positivo»¹⁹.

Aunque, en el plano ideológico esta última idea pueda ser compartida por el garantismo, para el neoconstitucionalismo, el método positivista resulta corto para dar cuenta del funcionamiento de los nuevos ordenamientos de posguerra. Esto, sobre todo, porque «la noción descriptiva del derecho positivo se revelaría inadecuada, dado que mostraría un sistema carente de [...] contenidos morales que, sin embargo, no daría cuenta del derecho del Estado constitucional»²⁰. El nuevo modelo constitucional, desde esta perspectiva, supone un vínculo entre derecho y moral que escapa al método iuspositivista. Lo cual, dicho sea de paso, implicaría la instrumentación de nuevas técnicas de interpretación —ponderación, proporcionalidad, razonabilidad, máxima de los efectos normativos de los derechos fundamentales, proyección horizontal de los derechos, principio *pro personae*, etc.— y mayores márgenes de actuación para los jueces constitucionales. Con ello, el paradigma en el que operaba el iuspositivismo habría quedado superado.

17. Aunque ya lo he advertido, vale la pena reiterarlo: son muchas las dificultades y simplificaciones que conlleva hablar del neoconstitucionalismo como si se tratara de una teoría uniforme cuando en realidad existen diversas teorías que, por algunas características comunes, adscribimos al neoconstitucionalismo.

18. S. Pozzolo, «Un constitucionalismo ambiguo», en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 187-210.

19. *Ibid.*, p. 188. Esta última pretensión también se encuentra presente en el pensamiento de Ferrajoli pero, según argumentaré más adelante, en su caso se trata de una pretensión política y no de una derivación teórica de su modelo constitucional. En su caso entonces, la proyección sería evolutiva y expansiva (e, incluso, deseable), pero no necesaria.

20. *Ibid.*, p. 191.

Un dato interesante es que, si nos atenemos a la lógica que subyace a estas transformaciones, por decirlo de alguna manera, la victoria del neoconstitucionalismo sobre el positivismo no sería el resultado de una batalla teórica sino la consecuencia natural del cambio en el diseño y estructura de los ordenamientos jurídicos constitucionales. Y ello supondría algo más que el desplazamiento de una teoría (el neoconstitucionalismo) por otra (el positivismo) porque, si se concede el punto, en realidad, sería el propio modelo democrático constitucional el que tendría una impronta anti-positivista.

VII

Sussana Pozzolo enfrenta esta cuestión echando mano de la conocida distinción bobbiana entre tres tipos de positivismo: como ideología, como teoría y como método²¹. Su conclusión es que, si bien el constitucionalismo es «total y evidentemente» incompatible con el positivismo ideológico y tampoco es compatible con el iuspositivismo teórico (precisamente si nos atenemos a las transformaciones en la estructura del ordenamiento jurídico), en cambio, no necesariamente es incompatible con el método positivista. Y, aquí, apunto desde ahora, se instala la cuña que lo distingue del garantismo.

Para los neoconstitucionalistas, es necesario abandonar también el método positivista porque la vinculación entre derecho y moral —implicada por la incorporación de principios en las constituciones democráticas— es un hecho incontestable que lógicamente implica un cambio en el método para estudiar los sistemas jurídicos contemporáneos. Esta tesis está en el punto de partida de la obra de Dworkin, toca las premisas del liberalismo igualitario defendido por autores como Ernesto Garzón Valdés, Manuel Atienza y Rodolfo Vázquez y adquiere su expresión más emblemática y extrema en el pensamiento de Gustavo Zagrebelsky. Desde esta perspectiva el neoconstitucionalismo es compatible con ciertas versiones del iusnaturalismo²² o, en todo caso, con aquellas concepciones del derecho que sostienen que la vinculación entre la moral y los ordenamientos jurídicos, para que estos gocen de legitimidad, es una relación necesaria. De hecho, ya sea por razones lógicas o ideológicas, a diferencia de lo que afirma como premisa fundacional el garantismo, los neoconstitucionalistas defienden que es posible identificar un conjunto de princi-

21. Paolo Comanducci utiliza la misma clasificación para distinguir entre tres neoconstitucionalismos: ideológico, teórico y metodológico (P. Comanducci, «Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico», en M. Carbonell [ed.], *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 75-98).

22. Sobre un iusnaturalismo de tipo deontológico porque sostiene la existencia de un nexo entre moral y derecho pero no llega a esgrimir que la validez de la ley dependa de la justicia ni que esta se deduzca de la naturaleza humana.

pios prácticos (ya sea porque son autoevidentes o porque se construyen intersubjetivamente²³) que prescriben lo que debe ser. Y, aunque se trate —como sostienen las versiones más flexibles del modelo— de una pluralidad de principios prácticos que coinciden con la pluralidad de inclinaciones naturales de los individuos y que no pueden jerarquizarse (porque son inconmensurables), en todos los casos, se colocan fuera de los límites impuestos por la teoría positivista.

La puerta hacia este derrotero puede encontrarse en la obra de H. L. A. Hart quién, al sostener la tesis del «contenido mínimo de derecho natural», que se deduce de ciertas verdades humanas (vulnerabilidad, igualdad aproximada, altruismo limitado, recursos limitados y comprensión, inteligencia y fuerza de voluntad limitada), termina adscribiendo su teoría a lo que llama «positivismo suave». Pero, en el ámbito anglosajón y con el ordenamiento jurídico estadounidense como referente, fue el pensamiento de Dworkin el punto de quiebre definitivo. Al hablar de *moral rights*, este autor, defiende la tesis de que es necesario realizar una *moral reading of the constitution* que supone un alejamiento definitivo del positivismo jurídico²⁴. Desde ahí dispara sus dardos en contra del «esqueleto del positivismo» que se sostiene en tres tesis para él inaceptables: a) que las reglas del derecho pueden ser identificadas encontrando la fuente, al actor y el procedimiento, de su creación; b) que el ordenamiento es un conjunto de reglas exhaustivo; c) que siempre que alguien tiene un derecho subjetivo, otro tiene una obligación jurídica²⁵.

Para Dworkin, en efecto, estas tesis, no sirven para analizar ordenamientos constitucionales que, además de reglas, contienen principios y políticas y que exigen ofrecer fundamentos morales para las disposiciones relativas a los derechos y los deberes. El positivismo en particular no es capaz de dar cuenta de los principios constitucionales que son normas «que es menester observar, no porque hagan posible o aseguren una situación económica, política o social que se juzga conveniente, sino por

23. En este sentido Rodolfo Vázquez (observando el problema desde la bioética) sostiene que: «[...] los principios normativos de autonomía, beneficencia, no maleficencia e igualdad, no se construyen arbitrariamente, ni se proponen dogmáticamente, sino que se levantan sobre la aceptación de un dato cierto: el reconocimiento y la exigencia de satisfacción de las necesidades básicas» (R. Vázquez, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del derecho*, Trotta, Madrid, 2009, p. 66).

24. Otras tesis en la misma dirección, tal como señala Rodolfo Vázquez, son la de Garzón Valdés de la «pretensión de legitimidad» del derecho; la de Alexy de la «pretensión de corrección moral» de los operadores jurídicos (creadores y aplicadores del derecho); la de MacCormik de los «deberes de justicia» (que cualquier comunidad debe observar en su regulación) (R. Vázquez, *Entre la libertad y la igualdad*, cit.).

25. Cito directamente de la versión en inglés su configuración del positivismo jurídico: «Legal positivism rejects the idea that legal rights can pre-exist any form of legislation; it rejects the idea, that is, that individual or groups can have rights in adjudication other than the rights explicitly provided in the collection of explicit rules that compose the whole of a community's law» (R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, HUP, Harvard, 1978, p. xi).

ser un imperativo de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión de la moral»²⁶.

VIII

En realidad, la transformación constitucional que sirve como punto de partida al pensamiento neoconstitucionalista (y, de paso, al garantismo), en realidad, no es del todo original. Es cierto, como yo mismo he advertido en la primera parte de este ensayo, que el constitucionalismo democrático de posguerra supuso cambios importantes con relación al modelo de Estado legislativo vigente hasta entonces, pero la tesis de la moral positivizada, tal como la advierten los neoconstitucionalistas, bien puede encontrarse desde mucho antes en el texto del artículo 16 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789: «Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución». Más allá del sentido político de esta disposición, su texto contiene una tesis de fondo que después será bandera del pensamiento neoconstitucional: aunque sea posible constatar la existencia fáctica de ordenamientos jurídicos que no respetan las coordenadas de contenido delineadas por esta disposición, solamente pueden considerarse como ordenamientos constitucionales *en sentido estricto* aquellos que recogen un catálogo de derechos fundamentales que son la positivización de una cierta moral. En este caso, ni los derechos fundamentales pueden ser cualquier derecho; ni las constituciones pueden tener cualquier contenido. Al menos no si pretendemos que tengan legitimidad o justificación.

La propia Sussana Pozzolo y Paolo Comanducci —en dos ensayos dedicados al tema específico del neoconstitucionalismo— han llamado nuestra atención sobre un debate relevante entre Norberto Bobbio y Nicola Matteucci que recoge los ejes de esta cuestión. Conviene recuperar el núcleo de esa discusión porque nos permite vislumbrar la disputa en un contexto, por decirlo de alguna manera pre-dworkiniano, y, sobre todo, porque de las tesis de Bobbio emergen algunas reflexiones que nos permiten recuperar la traza central de este ensayo porque delimitan algunos elementos que retoma el garantismo y que apuntalan la cuña que ya he colocado algunos párrafos arriba. En respuesta a un artículo escrito por Matteucci, intitulado «Positivismo jurídico y constitucionalismo», en el que se cuestionaba la compatibilidad entre el positivismo clásico y las nuevas teorías constitucionalistas²⁷ con lo que se anticipaban las críti-

26. Retomo la cita que hace Rodolfo Vázquez de la misma obra (ahora traducida) de Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (R. Vázquez, *Entre la libertad y la igualdad*, cit., p. 49).

27. Cf. N. Matteucci, «Positivismo jurídico e costituzionalismo»: *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile* (1963), pp. 985-1000. La referencia se encuentra en Pozzolo, «Un constitucionalismo ambiguo», cit., p. 206.

cas que años después dirigirían al positivismo los neoconstitucionalistas, Norberto Bobbio, advirtió los errores que acarrearía equiparar el positivo jurídico al estatalismo:

[...] mi impresión es que usted —advertía Bobbio a Matteucci—, del todo empeñado en la batalla antipositivista, ha terminado por sacrificar en el altar de la teoría estatalista también al método positivo, como si cambiando la construcción se debiera cambiar también el método²⁸.

La crítica de Bobbio constituye una defensa del método positivista (que identifica al derecho siguiendo las «reglas formales de producción jurídica») pero, al mismo tiempo, es una firme toma de distancia ante el «positivismo ideológico» que tiende a confundir el derecho positivo con la justicia y que conduce hacia la peligrosa pendiente del legalismo ético²⁹. Bobbio, al mantener firme su adscripción al positivismo metodológico, reprocha a Matteucci la decisión de llamar «constituciones» solamente a las «constituciones buenas». Pero, de paso, anticipa las coordenadas del debate que nos ocupa y que tiene como punto de partida las dificultades que enfrenta la teoría positivista para dar cuenta de la profunda transformación que supuso el constitucionalismo democrático de posguerra.

En esto, Bobbio, anticipa un punto de contacto entre el neoconstitucionalismo y garantismo (que está implícito desde las primeras líneas de este ensayo): la necesidad de abandonar el positivismo teórico. Este abandono es inevitable para abarcar las indiscutibles transformaciones que el constitucionalismo democrático implicó. Dato de hecho que tanto el garantismo como el neoconstitucionalismo tienen como punto de partida. Es más: bajo ciertas condiciones, este último puede considerarse un desarrollo del positivismo teórico clásico. Para decirlo con Paolo Comanducci:

[...] creo que se puede mirar favorablemente a la teoría del derecho neoconstitucionalista, que me parece que da cuenta, mejor que la tradicional iuspositivista, de la estructura y del funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos. Por otro lado, el neoconstitucionalismo teórico, si acepta la tesis de la conexión solo contingente entre derecho y moral, no es de hecho incompatible con el positivismo metodológico; al contrario, podríamos decir que es su hijo legítimo³⁰.

28. Cf. C. Margiotta, «Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci»: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2 (2000). La referencia y la cita que he reproducido se encuentran en Pozzolo, «Un constitucionalismo ambiguo», cit., p. 207.

29. Al respecto, cf., además de las obras ya citadas, L. Ferrajoli, «Derechos fundamentales», en L. Ferrajoli et. al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 19-139.

30. P. Comanducci, «Formas de neoconstitucionalismo...», cit., p. 87.

El problema, como bien deja entrever Comanducci, se presenta en el plano metodológico porque, como se ha insistido en este trabajo, el neoconstitucionalismo sostiene «la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral»³¹.

IX

El garantismo se desarrolla por la línea que trazan las tesis de Bobbio porque, si bien abandona al positivismo teórico para dar cuenta de las transformaciones que impactaron a los ordenamientos vigentes y repudia al positivismo ideológico, se mantiene firme en la dimensión metodológica y defiende la separación entre la moral y el derecho, entre el ser y el deber ser. De hecho, incluso para Ferrajoli, el constitucionalismo, a diferencia de lo que sostiene expresamente Dworkin, «en vez de constituir el debilitamiento del positivismo o su contaminación iusnaturalista, representa su reforzamiento: por decirlo de algún modo, representa el positivismo jurídico en su forma más extrema y acabada»³².

Esta última es una tesis que Ferrajoli —sobre todo para responder a sus críticos— esgrime una y otra vez, tanto cuando se refiere a cuestiones técnico/jurídicas, por ejemplo, al tratar el tema de la distinción que él mismo propone entre vigencia y validez de las normas; como cuando trata temas en los que se engarzan su filosofía jurídica con su filosofía política como es el caso de la laicidad estatal. Para decirlo con Marina Gascón: «el garantismo evita, también en este nivel discursivo (se refiere a la teoría jurídica de la validez), las falacias naturalista y normativista de reducción de los valores a hechos y de los hechos a valores y se separa así tanto de la ideología jurídica normativista como de la realista: ni una norma válida es, solo por eso vigente; ni una norma vigente o eficaz, solo por eso, válida»³³. Y, cuando nos desplazamos al ámbito de su modelo político, la distinción permanece: de ahí la posibilidad de denunciar desde un punto de vista externo la ilegitimidad irreductible de los sistemas democráticos. Y, si bien es cierto, que en el plano ideológico se inclina por una agenda expansiva de los derechos y sus garantías, en el plano teórico, ofrece una definición de derechos fundamentales formal que puede albergar, en el extremo, cualquier contenido³⁴. En este sentido, mantiene de manera coherente su afiliación al positivismo jurídico metodológico.

31. *Ibid.*, p. 87.

32. L. Ferrajoli, «Iuspositivismo crítico y democracia constitucional»: *Isonomía*, 16 (2002), p. 8.

33. M. Gascón, «La teoría general del garantismo», cit., p. 25.

34. Sobre este tema y sus posibles consecuencias, cf. J. L. Martí, «El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales», en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo*, cit., pp. 365-401. Véase también los textos contenidos en L. Ferrajoli et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009.

X

Sin embargo, desde otro mirador, aunque parezca paradójico, también el garantismo tiene una vena iusnaturalista. En ello, desde otra perspectiva, también encuentra sus raíces el pensamiento bobbio. Al igual que la obra de Bobbio y también el pensamiento de Ferrajoli, el garantismo, puede desdoblarse en dos dimensiones: en el plano metodológico, en el que abraza al iuspositivismo y, en el plano político, en el que se adscribe al pensamiento liberal heredero del iusnaturalismo moderno. Para aclarar el punto conviene traer a colación una ulterior distinción entre iusnaturalismo y iuspositivismo, en este caso propuesta por Riccardo Guastini, desarrollada en un ensayo dedicado precisamente al positivismo bobbio. Según Guastini podemos identificar dos acepciones de iusnaturalismo:

a) como metaética naturalista (se trata de una variante del cognotivismo ético);

b) como ética liberal: la «defensa de la libertad individual frente al poder político» (que sería la antítesis del legalismo ético).

Y, por oposición, tenemos dos acepciones, del positivismo jurídico:

a) como metaética no cognotivista;

b) como ética estatalista (legalismo o formalismo de la justicia). «El derecho merece obediencia sin importar su contenido»³⁵.

Bobbio, nos previene Guastini, resulta ser positivista solo en el primer sentido e iusnaturalista en el segundo. Es decir, que es un positivista metodológico en el terreno del derecho y un iusnaturalista liberal en el campo de la política. Me permito reproducir una cita bobbia que sirve a Guastini para confirmar su sugerente tesis:

En la medida que sea útil pongo como ejemplo mi caso personal: ante el enfrentamiento de las ideologías, donde no es posible ninguna tergiversación, soy iusnaturalista; con respecto al método soy, con igual convicción, positivista; en lo que se refiere, finalmente, a la teoría del derecho, no soy ni lo uno ni lo otro³⁶.

Al abrazar al constitucionalismo como ideología política orientada a limitar al poder político, Norberto Bobbio, al igual que sucederá con el garantismo, se alinea en las filas del iusnaturalismo moderno. De ahí su rechazo frontal al positivismo ideológico (al legalismo ético). Pero no por ello abandona el método positivista y, por lo tanto, se mantiene firme en las filas de quienes sostienen, en el ámbito del análisis jurídico, la tesis de la separación entre derecho y moral. Esta articulación sin contradicciones es posible porque incorpora el punto de vista político en su análisis.

35. Cf. R. Guastini, «Bobbio o de la distinción», en *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999.

36. N. Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 1991, p. 89 (cit. por R. Vázquez en *Entre la libertad y la igualdad*, cit., p. 25).

Bajo la lógica que ya he anunciado de que «derecho y poder son las dos caras de una misma moneda», Bobbio, perfila el paso entre la moral y el derecho como un acto propio del poder político. Me parece lícito sostener que el vínculo entre ambas esferas reside en la acción política: «solo el *enforcement* de un derecho lo transforma de derecho moral (*moral right*) en derecho jurídico (*legal right*)»³⁷. Y, en ese sentido, la vinculación no es necesaria porque depende de un elemento distinto tanto a la moral como al derecho: la política. La posibilidad teórica de emitir valoraciones críticas en torno a la (i)legitimidad del Estado se sustenta en esta dimensión que permite asumir un punto de vista externo o ético-político del derecho y sus instituciones. Tesis que, como sabemos, es propia del garantismo ferrajoliano.

Así las cosas, el iusnaturalismo de Bobbio, no es el iusnaturalismo jurídico y metodológico propio del neoconstitucionalismo sino que se ubica en el plano de la filosofía política y descansa en la teoría liberal de los límites y vínculos a los poderes públicos (y privados)³⁸. Los derechos humanos o fundamentales son, sin duda, principios o aspiraciones deseables que equivalen a las «exigencias de justicia» del iusnaturalismo jurídico clásico y moderno pero solo son derecho si, en su reconocimiento, media una decisión política. Y esta es la posición que caracteriza al pensamiento garantista. De hecho, se trata de una tesis que los iuspositivistas críticos pueden aceptar sin mayores problemas³⁹.

Para el garantismo, sobre la línea trazada por Bobbio, la incorporación de los derechos fundamentales a la constitución y la implementación de sus garantías solamente son posibles mediante la decisión, contingente e históricamente determinada, a cargo de una autoridad política: el poder constituyente (o el poder de reforma constitucional). Y, en esta dimensión, la relación entre derecho y política se invierte: «el derecho ya no puede ser concebido como instrumento de la política, sino que, por el contrario, es la política la que tiene que ser asumida como instrumento para la actuación del derecho»⁴⁰. Como puede verse, entonces, es

37. N. Bobbio, «Una nuova stagione della politica internazionale»: *Lettera Internazionale*, XV/62 (1999), pp. 8-9. Sobre la relación que existe en la teoría de Bobbio entre los diferentes derechos fundamentales, cf., entre otros, N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, cit., p. 6. También se recomienda, para un desarrollo ulterior sobre el argumento, el libro de M. Bovero, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, Trotta, Madrid, 2002.

38. Sobre la teoría política en la obra de L. Ferrajoli, cf. V. Pazé, «Luigi Ferrajoli. Filósofo político», en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo*, cit., pp. 147-158.

39. Esta, de hecho, es una posición que puede ser adoptada por un positivista «duro», como E. Bulgin, que niega tajantemente la existencia de un sistema moral objetivamente válido pero reconoce que es posible hablar de derechos morales siempre y cuando se les distinga de los derechos jurídicos: «[...] cuando un orden jurídico positivo, sea este nacional o internacional, incorpora los derechos humanos, cabe hablar de derechos humanos jurídicos y ya no meramente morales» (cit. por E. Garzón Valdés en «Derecho y moral», cit., p. 38).

40. L. Ferrajoli, «El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y sus divergencias de la realidad», en P. Andrés Ibáñez, *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996, p. 24. Citado por M. Gascón «La teoría general del garantismo», cit., p. 26.

la vinculación entre el derecho y la política —y no entre el derecho y la moral— la que encuentra expresión plena en la teoría garantista.

Ya hemos visto los rasgos fundamentales de esta teoría desde la perspectiva estrictamente jurídica (como modelo normativo del derecho y como teoría jurídica) pero, en su sentido más amplio, el garantismo se expresa como:

[...] el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes —públicos y privados, políticos (o de mayoría) y económicos (o de mercado), en el plano estatal y en el internacional— mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley y, en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos, como las esferas públicas frente a los poderes privados⁴¹.

El carácter liberal del modelo emerge con toda claridad en este párrafo y, de paso, anuncia el proyecto ideal que funge como parámetro para valorar críticamente a los ordenamientos político-jurídicos existentes. En la primera parte de la cita se expresa lo que Marisa Iglesias ha denominado el «constitucionalismo político» y en la segunda el «constitucionalismo humanista» del garantismo⁴². Más allá del tino de esta distinción entre dos tipos de constitucionalismo, incluso para Ferrajoli, lo importante sería que ambas dimensiones se ubican en planos distintos: uno en el de la teoría del derecho y el otro en el de la teoría política. En este sentido, desde mi punto de vista, el pensador contemporáneo que mejor encarna la concepción garantista en este sentido amplio es, paradójicamente un filósofo de la política, Michelangelo Bovero.

Las tesis de Bovero, por un lado, se construyen sobre las bases del pensamiento político liberal ilustrado de matriz iusnaturalista y, por el otro, se mantienen firmes en el ámbito del positivismo jurídico (en su acepción metodológica) sin incurrir en las ambigüedades y vacilaciones que aquejan parte de la obra de Ferrajoli. Bovero, de hecho, defiende el sentido del garantismo como teoría del derecho que, desde una perspectiva positivista, se compromete con la expansión de la agenda de los derechos fundamentales y sus garantías y, al mismo tiempo, no pierde de vista que esa expansión pasa, necesariamente, por la acción de las mayorías políticas y por los límites impuestos jurídicamente a estas mismas

41. L. Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2010, p. 62.

42. Para Marisa Iglesias, el constitucionalismo ferrajoliano oscila entre estas dos formas de constitucionalismo lo que implica una contradicción: el primero (el constitucionalismo político) es compatible con el positivismo jurídico pero, para ella, el segundo (el constitucionalismo humanista) no lo es porque constituye «una presentación abreviada del mínimo moral que el derecho tiene la función de proteger». En lo personal difiero de esta interpretación porque, desde mi perspectiva, lo que Iglesias llama «constitucionalismo humanista», en realidad, se coloca por fuera del derecho y se ubica en el plano de la teoría política del garantismo (y no desde una teoría moral) (cf. M. Iglesias, «El positivismo en el Estado constitucional», en M. Carbonell y P. Salazar [eds.], *Garantismo*, cit., p. 95).

mayorías. Las críticas de Bovero a la noción de democracia sustantiva propuesta por Ferrajoli —y la correspondiente defensa de una definición formal y mínima de esta forma de gobierno— así como sus aportaciones al debate entre este autor y Riccardo Guastini, en torno a la relación entre los derechos, los deberes y las garantías, son pruebas de lo que acabo de sostener. Valga su conclusión al ensayo con el que interviene en este último debate para apuntalar mi tesis. Al indagar de qué tipo es la obligación que corresponde al legislador que debe introducir las garantías para los derechos fundamentales que faltan en un ordenamiento, Bovero, nos dice lo siguiente:

[Se trata quizá] de una *obligación política*. Según una práctica consolidada solemos diferenciar entre la «obligación jurídica» que tiene el individuo de obedecer a una norma particular del ordenamiento y la «obligación política» que tiene dicho individuo de obedecer al ordenamiento en su conjunto, al sistema de autoridades y poderes públicos que este establece [...] sugiero que reflexionemos sobre la pertinencia de catalogar como *política*, en el sentido preciso y pertinente del término, a la obligación que tienen los titulares del poder político (los poderes públicos) y ya no a la obligación de sus subordinados. Esta es, en un Estado constitucional de derecho, la obligación de poner en práctica al contrato social [...] y, en primer lugar, de garantizar las cláusulas del pacto de convivencia que coinciden con los derechos fundamentales de los individuos. Una obligación política entendida, por lo tanto, ya no como la obligación que tienen los gobernados de obedecer al poder político, sino como la obligación de los gobernantes, de los 'políticos', con la *polis* y su *politeia*; la obligación, entonces, de *obedecer a la constitución*, que tiene una sanción que también es esencialmente *política* (aunque invoque, para justificarse, la deficiente garantía de derechos jurídicos): la deslegitimación democrática de los gobernantes. A través del voto. ¿O también ejerciendo el derecho de resistencia? ¿A través del «apelo al cielo» de lockeana memoria?⁴³.

La cita permite evidenciar, por un lado, la estrecha vinculación que, para Bovero, existe entre el sistema jurídico y el sistema político y, por el otro, su convicción de que la exigencia de incorporar normas a los ordenamientos para ampliar la agenda de los derechos y de sus garantías es de tipo político y no de carácter moral. Por si no bastara nos previene que esa también es la naturaleza de la obligación que exige *cumplir con la constitución*. Y, en el extremo, nos anuncia que la única puerta para eventuales argumentos morales es la que conduce por la senda del iusnaturalismo, de nueva cuenta político, hacia el liberalismo de lockeana memoria.

43. M. Bovero, «Derechos, deberes, garantías», en M. Carbonell y P. Salazar, *Garantismo*, cit., pp. 233-244.

Las distinciones entre el garantismo y el neoconstitucionalismo adquieren especial relevancia cuando miramos hacia el campo de la justicia constitucional. La diferencia de fondo que ha sido identificada y que podría parecer una distinción meramente teórica de alcance metodológico, en este terreno, adquiere una relevancia práctica. Para entender esto conviene señalar que, con los ordenamientos constitucionales contemporáneos, se dejaron de lado las advertencias de Hans Kelsen en el sentido de que los principios como la libertad, la igualdad, la justicia, la moralidad podrían «jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional»⁴⁴. Para Kelsen «las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a (estos principios)» podrían interpretarse «como directivas relativas al contenido de las leyes [...] y, en este caso, el poder del tribunal (constitucional) sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable»⁴⁵. Por ello, Kelsen, recomendaba «abstenerse de todo este tipo de fraseología»⁴⁶ controvertida en las constituciones.

En los hechos muchas constituciones contemporáneas pasaron por alto el prurito kelseniano y sobrecargaron de normas de principios su apartado dogmático. El peligro que esto conlleva sigue estando presente en la mente de algunos estudiosos del derecho contemporáneos. Por ejemplo, para Francisco Laporta, está latente el riesgo de que «los jueces (obren) sobre la base de un razonamiento moral abierto, que les hace sentir, sin embargo, como si estuvieran aplicando el derecho»⁴⁷. Y el problema, para este mismo autor, es que los jueces no están preparados para esta tarea porque «su razonamiento moral no pasa de ser vulgar»⁴⁸. Ante este delicado problema, el garantismo y el neoconstitucionalismo, ofrecen respuestas interesantes. Ambas aproximaciones asumen como un dato empíricamente verificable la constitucionalización de principios abstractos y, aunque no parecen compartir el temor manifestado por Kelsen y aún vigente en las tesis de Laporta, se inclinan por restringir la discrecionalidad judicial. Sin embargo, solamente el garantismo logra ser consistente con este objetivo. Y ello se explica, en última instancia, por la diferencia de posiciones que ambas aproximaciones teóricas adoptan frente al tema del positivismo metodológico.

44. H. Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional*, IJ-UNAM, México, 2001, p. 142 (cito de la edición contenida en *Escritos sobre democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988).

45. *Ibid.*, pp. 142-143.

46. *Ibid.*

47. F. Laporta, «Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta»: *El Cronista* (Madrid), 0 (2008), p. 49.

48. *Ibid.* Tal vez conciente de ello, R. Dworkin, se pregunta si los jueces deben o pueden ser filósofos (a lo que adelanta una respuesta positiva) (cf. R. Dworkin, «¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?»: *Isonomía*, 32 [2010], pp. 7-29).

XII

En el modelo garantista se rechaza frontalmente el decisionismo en derecho. Para esta teoría, la función judicial debe ceñirse, rigurosamente, al principio de legalidad. El juez, para decirlo con Marina Gascón, «para poder ser una garantía de los derechos contra la arbitrariedad, no debe, a su vez, actuar arbitrariamente»⁴⁹. El uso de un lenguaje normativo riguroso y factual, que garantice un apego al principio de legalidad mediante una aproximación cognitiva y no normativa al derecho, es un requisito para reducir la indeseable discrecionalidad y, sobre todo, la arbitrariedad en el quehacer del juzgador. En esta dirección, según Ricardo Guastini, Ferrajoli, por ejemplo, hace suya la tesis ilustrada al sostener que el poder judicial solo puede funcionar como garantía frente al poder ejecutivo si se desempeña como un poder prácticamente nulo⁵⁰. De nueva cuenta, se subraya la pretensión cognoscitiva y no creativa del intérprete que se fundamenta en el carácter positivista de la teoría garantista. De hecho, para esta teoría, resulta posible hablar de una verdad jurídica que depende de la labor del intérprete como descubridor del derecho. Para Perfecto Andrés Ibáñez aquí reside un «significativo factor de novedad» del garantismo que consiste en que:

[...] del mismo se sigue un imperativo de cambio radical en la forma de relación entre los dos polos del par, conocimiento y decisión. Ahora se trata de hacer que prevalezca el primero como condición de legitimidad del segundo. [...] Así lo que late en el modelo propuesto no es el desconocimiento de la inevitable discrecionalidad que connota la tarea del juez [...], sino el propósito de contribuir con eficacia a su reducción⁵¹.

Lo que está en vilo, como parte de las garantías que protegen a los derechos fundamentales, son la certeza y la seguridad jurídicas. La vinculación del juez a la ley constituye una obligación que es, a la vez, jurídica, política y moral⁵². Si el juez abandona su compromiso con el principio de legalidad —abjura de su obligación de actuar *sub lege*—, es decir, traiciona su delicada función al interior del modelo constitucional. Sobre este punto, Ferrajoli, es claro:

Para garantizar los derechos el juez puede incurrir a una cierta «inventiva judicial», «pero si no existe ningún apoyo legal, incluso tal inventiva [...] es imposible y no cabe otra solución que la denegación de la justicia». La

49. M. Gascón, «La teoría general del garantismo. Rasgos principales», en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo*, cit., p. 27. He desarrollado algunos de estos argumentos en *Garantismo espurio*, cit.

50. Cf. R. Guastini, «I fondamenti teorici e filosofici del garantismo», en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Turín, 1993, p. 53.

51. Cf. P. Andrés Ibáñez, «Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción», cit., pp. 65-66.

52. M. Gascón, «La teoría general del garantismo. Rasgos principales», cit., p. 27.

protección de los derechos «en la medida en que no tiene a sus espaldas una legislación suficientemente precisa y unívoca, contradice en el mejor de los casos su sujeción a la ley. [...] Y se revela en el peor de los casos del todo imposible»⁵³.

Al juez le corresponde asumir una actitud crítica frente al derecho que se traduce en advertir, denunciar y promover la expulsión del ordenamiento de aquellas leyes inconstitucionales (es decir, para usar el lenguaje ferrajoliano, que son vigentes pero inválidas) pero, al realizar esa delicada función, el juez, debe ajustar su actuación invariablemente al principio de legalidad que lo obliga, ante todo, a observar el contenido constitucional. La frontera de sus potestades y el marco de su función de garantía están normativamente establecidos tanto en la constitución como en las leyes. Con las palabras de Ferrajoli al reflexionar sobre la actuación de los jueces (en particular de los penales): «estos no son libres de orientarse en las decisiones según sus personales convicciones morales, sino que, por el contrario, deben someterse a las leyes aun cuando pudieran hallarse en contraste con tales convicciones»⁵⁴. Y lo mismo vale —sobre todo— para los casos en los que estén en juego sus intereses o cálculos políticos.

Como puede observarse, es errado sostener que la teoría garantista promueve una actitud decisionista por parte de los jueces y mucho menos suponer que acepta algún grado de arbitrariedad judicial. Cuando estos actúan sobre la base de un razonamiento moral abierto o a partir de cálculos políticos (estrategias sustantivamente distintas pero que lesionan igual a la certeza y la seguridad jurídicas) distorsionan y falsean la teoría. En el garantismo vale más bien lo contrario: la actividad judicial debe ceñirse a conocer los hechos y el derecho y a constatar las consecuencias de la aplicación del segundo sobre los primeros. De ello depende, ni más ni menos, que el respeto al principio de imparcialidad.

XIII

El neoconstitucionalismo, en cambio, resulta más flexible ante el tema de la discrecionalidad judicial. Dworkin, por ejemplo, reconoce que en algunos casos —si bien atendiendo a principios como la «supremacía legislativa» o la doctrina del precedente— los jueces pueden estar autorizados, directamente, para «cambiar una regla legal existente»⁵⁵. Y, aunque este autor no se inclina por la discrecionalidad judicial en sentido fuerte, promueve una noción de activismo judicial que se encuentra estrechamente

53. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., pp. 919-920. Ambas citas se encuentran en M. Gascón, «La teoría general del garantismo. Rasgos principales», cit., p. 29.

54. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 925.

55. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 37-38.

vinculada con la noción de «derechos morales»: el activismo judicial, sostiene, «presupone cierta objetividad de principios morales; en particular presupone que los ciudadanos tienen algunos derechos morales frente al Estado [...] solo de esta manera el activismo judicial se justifica sobre la base de algo más que las preferencias personales del juez»⁵⁶. Por su parte, Robert Alexy ha sostenido lo siguiente:

La principal particularidad de la interpretación constitucional deriva de sus tres extremos arriba señalados: máximo rango, máxima fuerza jurídica y máxima importancia de su contenido. Quien consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales —esto es, en la práctica, quien logre que sea adoptada por el Tribunal Constitucional Federal—, habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual: en cierto modo habrá convertido en parte de la Constitución su propia concepción sobre los asuntos sociales y políticos de la máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política [...]. En este sentido cabe hablar de una lucha por la interpretación de los derechos fundamentales. El árbitro de esta lucha no es sin embargo el pueblo, sino el Tribunal Constitucional Federal⁵⁷.

Como puede observarse, la clave que abre la puerta al activismo y a la vez pretende restringir la discrecionalidad, no es solamente el rango normativo de los derechos fundamentales sino, sobre todo, el reconocimiento de la existencia de ciertos derechos morales que dotan de contenido a dichas normas. Es decir, el abandono del positivismo metodológico propio del garantismo. Los jueces de Dworkin y Alexy juegan un papel político muy relevante y deben ser capaces de ofrecer respuestas morales a los problemas de política constitucional —y pueden hacerlo— porque las cláusulas del *Bill of Rights* hacen referencia a conceptos morales que exigen interpretación y que se encuentran en las constituciones⁵⁸. Los principios constitucionales, en efecto, son el punto de partida de dichas interpretaciones y, en los hechos, permiten al juez constitucional integrar el derecho. En este caso, la labor judicial no es primordialmente cognitiva sino también creativa con lo que el juez, como abiertamente sostiene Alexy, puede llegar a suplantar al legislador. Y, si bien es cierto que las técnicas de interpretación propias de esta estrategia (típicamente la ponderación propuesta por el propio Alexy), están orientadas a restringir técnicamente el ámbito de creatividad judicial, al sustentarse en la tesis de la incorporación de la moral al derecho, el neoconstitucionalismo, deja la puerta abierta para que el juez, *en extremis*, recurra a sus propias convicciones morales y/o políticas a la hora de decidir⁵⁹.

56. *Ibid.*, p. 138.

57. R. Alexy, «Derechos fundamentales y Estado constitucional de derecho», en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo*, cit., pp. 36-37.

58. Cf. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 147.

59. Juan Antonio García Amado, en un debate con Luis Prieto Sanchis del que Carlos

XIV

En el fondo de la diferencia entre estas posiciones frente a la labor jurisdiccional, como acabo de advertir, descansa el diferendo metodológico que ocupó nuestra atención en el apartado medular de este ensayo. Juan Antonio García Amado, pensando en el ámbito de los derechos sociales y sus garantías, nos ofrece la siguiente reflexión que parecería rematar la diferencia:

[...] tenemos un buen banco de pruebas para las diferencias entre neoconstitucionalistas y positivistas. Los primeros confían en una judicatura activista y comprometida en la imposición de óptimos o, al menos, en la compensación y elevación de las realizaciones contempladas por el legislador. En cambio, el positivista estima que el grado de satisfacción de cada uno de estos derechos (sociales) y el tipo de preferencia entre ellos es materia propia de una actividad legislativa que refleje el programa político respaldado por la mayoría de los votantes⁶⁰.

Sin embargo, identificar al garantismo con el positivismo referido en esta cita sería un error. En realidad, Ferrajoli, desde su perspectiva garantista, en este punto se encontraría más cerca del neoconstitucionalismo porque también él se inclina por una labor judicial activista cuando se trata de ofrecer garantías a los derechos constitucionales. La teoría de Ferrajoli, además, tiene como uno de sus ejes principales la desconfianza de las mayorías políticas y la defensa de los derechos fundamentales como «derechos del más débil» ante cualquier poder (incluyendo al legislador democrático).

Pero, en realidad, las razones que mueven al neoconstitucionalismo en la dirección identificada por García Amado son distintas a las que impulsan al garantismo. El primero promueve una actuación judicial activista en virtud de la presunta existencia de principios morales extra-jurídicos y juridificados que *deben orientar* la decisión de los jueces; el

Bernal Pulido da cuenta en el libro editado por M. Carbonell dedicado a la *teoría del neoconstitucionalismo*, por ejemplo, critica radicalmente la técnica interpretativa de la ponderación por ser un «procedimiento irracional» que utilizan los tribunales constitucionales para evadir la carga de la fundamentación (cf. C. Bernal Pulido, «Refutación y defensa del neoconstitucionalismo», en M. Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo*, cit., pp. 299-300). Críticas similares, más o menos radicales, han sido planteadas por muchos otros teóricos del derecho que tienen en común la defensa del positivismo metodológico. El propio Prieto Sanchis sostiene lo siguiente: «[...] el neoconstitucionalismo implica también una apertura al judicialismo, al menos desde la perspectiva europea, de modo que si lo que gana el Estado de derecho por un lado no lo quiere perder por el otro, esta fórmula política reclama entre otras cosas una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales; y, a mi juicio, la ponderación rectamente entendida tiene ese sentido» (L. Prieto Sanchis, «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en M. Carbonell y P. Salazar [eds.], *Garantismo*, cit., p. 157).

60. J. A. García Amado, «Derechos y pretextos», en M. Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo*, cit., p. 263.

segundo, en cambio, promueve el activismo *desde fuera del derecho* y, si es jurídicamente posible, *en el derecho* como parte de un programa político que *debería orientar* el quehacer de los juzgadores. La diferencia no es baladí: el juez del neoconstitucionalismo está autorizado a suplantar al legislador en aras de una justicia con asidero moral objetivo; el juez del garantismo está obligado a provocar que el legislador haga su tarea en aras de una agenda política liberal y democrática.

Si, al arropar sus decisiones en alguna de estas aproximaciones teóricas, los jueces de las jóvenes democracias constitucionales tomaran en cuenta las distinciones que propongo (suponiendo, por supuesto, que estas tengan sustento teórico), probablemente, asumirían con mayor franqueza las consecuencias de su actuar neoconstitucionalista o, en su defecto, harían suyas las limitaciones y rigores que impone a su actuación la teoría garantista. En este terreno, en el que las decisiones tienen consecuencias jurídicas y políticas fundamentales, la diferencia es todo menos irrelevante.