



Recensión

El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica,

**Luis Prieto Sanchís,
(2013) Trotta, Madrid, 309 pp.**

Julián Gaviria Mira

Universidad Carlos III de Madrid

jgaviria@derechoyjusticia.net

Desde hace algunos años se ha venido discutiendo de manera bastante intensa en la academia latina el significado y alcance de aquella escuela que algunos llaman *constitucionalista* y otros *neoconstitucionalista*. Muestra de ello son el monográfico dedicado a *Principia Iuris* publicado en 2012, la reciente discusión entre el mismo Ferrajoli y Juan Ruiz Manero en *Dos modelos de constitucionalismo* (2012) y la obra aquí reseñada *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica* (en adelante *CD*).

El término neoconstitucionalismo, que parece tener sus orígenes, como lo advierte Prieto, en la academia italiana (Comanducci, 2010: 175), se acerca ya a cumplir su segunda década de existencia. El éxito del término ha estado acompañado de una gran falta de claridad sobre cuál es su significado -que el libro aquí reseñado no pretende resolver-, así como por un gran número de problemas que giran a su alrededor y que Prieto Sanchís reúne y discute en *CD*.

Dos terceras partes del libro (sus primeros cinco capítulos) están dedicadas a un análisis tanto teórico como filosófico de los temas que entrelazan neoconstitucionalismo, positivismo jurídico y iusnaturalismo. En el presente comentario nos concentraremos en estos primeros cinco capítulos dado que presentan un mayor grado de coherencia. Lo contrario significaría hacer un análisis que resultaría demasiado fragmentado, además de extenso.

El constitucionalismo de los derechos se corresponde con lo que en algunos círculos académicos se denomina simplemente como constitucionalismo. De esta gran corriente se desprenden dos teorías: el neoconstitucionalismo y el garantismo. En la discusión surgida después de la publicación de *Principia Iuris* de Luigi Ferrajoli estas dos teorías se han venido llamando también *constitucionalismo principialista* y *constitucionalismo garantista* (Ferrajoli *et al.*, 2012); términos que seguiré usando -a pesar de no ser los elegidos por Prieto- dado el éxito que han tenido tanto en Italia como en España, así como el hecho de que tal distinción logra mostrar la relación tanto de parentesco como de contradicción entre ambas corrientes.

Este parentesco se debe a la pretensión compartida de dar cuenta del fenómeno constitucional consistente en el establecimiento de la supremacía constitucional acompañada de la materialización del contenido de la misma. Pero el parentesco derivado del reconocimiento de un mismo fenómeno como fundador de

ambas vertientes no significa que las coincidencias vayan mucho más lejos. Mientras los principialistas ven una relación necesaria entre derecho y moral, desarrollan una teoría conflictualista de los derechos y se apoyan en una fuerte teoría de la argumentación, el garantismo, apegado al positivismo jurídico, defiende la separación entre derecho y moral y la subsunción antes que la ponderación principialista.

Si bien *CD* no es en estricto sentido un estudio sobre la contraposición o acercamiento entre ambos constitucionalismos, sí se puede decir que es esta confrontación, entendida de manera amplia, la que da al libro su fuerza argumentativa y, de alguna manera, su hilo conductor. Prieto describe ambas corrientes de manera extensa (aunque, en lo que se refiere al constitucionalismo principialista, no siempre acertada) y a ambas dedica un amplio número de críticas, haciendo un poco difícil identificar en qué posición se encuentra el autor, dando por sentado que él, a su manera, es un defensor del constitucionalismo de los derechos.

En el primer capítulo, que sirve como introducción al volumen, se abordan de manera preliminar los problemas que rodean al constitucionalismo principialista (*Neoconstitucionalismo: un catálogo de problemas y argumentos*). De manera sumaria se establecen las características del neoconstitucionalismo, se plantean las tensiones entre constitucionalismo y democracia, se contraponen neoconstitucionalismo y positivismo y, finalmente, se estudia de manera breve al neoconstitucionalismo como contrario tanto del iusnaturalismo como del positivismo.

El segundo capítulo (*Garantismo y constitucionalismo*) se concentra en los planteamientos del Luigi Ferrajoli y su teoría garantista. El constitucionalismo garantista se constituye en una especie de vía media entre el viejo positivismo de autores como Kelsen, Hart o Bobbio y las nuevas corrientes principialistas –que Ferrajoli considera una nueva expresión de iusnaturalismo–, y da cuenta del cambio de paradigma que significó el auge, después de la segunda guerra mundial, de constituciones con fuertes contenidos materiales garantizados por instituciones como las cortes o tribunales constitucionales, pero haciendo siempre un gran esfuerzo por mantener su apego a la escuela positivista.

Pero el garantismo no es la única escuela que pretende dar cuenta del nuevo Estado constitucional. El constitucionalismo principialista, conjunto de planteamientos que han desarrollado toda una teoría de los derechos y de la argumentación jurídica alrededor del nuevo modelo constitucional, se convierte en su alternativa y su rival natural.

Prieto Sanchís fija en tres las características propias del constitucionalismo principialista. La primera es la afirmación del vínculo necesario entre derecho y moral y la preponderancia del punto de vista interno; la segunda es la fuerza normativa de la constitución que la hace aplicable directamente por lo jueces y la tercera es la visión conflictualista de las normas sustantivas de la constitución. (pp. 71 ss.).

Los tres son los puntos que diferencian a principialistas y garantistas. En este capítulo (el más extenso de libro) vienen tratados todos, siendo de particular interés el último de ellos (el *conflictualismo* defendido por los principialistas). Este mismo tema ha venido siendo discutido tanto por Prieto Sanchís como por José Juan Moreso desde hace algunos años y ataca uno de los puntos más problemáticos de la teoría garantista: su rechazo de la tesis (ampliamente defendida por los neoconstitucionalista) de la ponderación entre principios y, de paso, su teoría de la argumentación jurídica.

Según la teoría principialista, el establecimiento de constituciones dotadas de rigidez y con fuertes contenidos materiales (derechos), lleva a que se den conflictos entre normas que no pueden ser solucionados por los criterios de jerarquía, especialidad o temporalidad. Dado que en un caso concreto, de la aplicación de diferentes principios de rango constitucional (el derecho al honor y la libertad de expresión, por ejemplo) se pueden derivar exigencias distintas y contradictorias, debe existir un mecanismo que permita solucionar dichas contradicciones. Este mecanismo es la ponderación o balance de principios.

A través de la ponderación, al decir de Ruiz Manero, se apela *al mayor peso que tengan las razones para realizar la acción que figura en el consecuente del principio de que se trate frente al peso que puedan tener las razones para realizar otra(s) acción(es) que figure(n) en el consecuente de otro(s) principio(s)* (Ferrajoli y Ruiz Manero, 2012: 100).

Esta descripción, alega Ferrajoli, es incorrecta. Los principios regulativos no pueden ser ponderados sino simplemente observados o no observados (dado su carácter tético-deóntico). No es posible una ponderación entre normas, sino una *ponderación equitativa compleja*, es decir, el balance equitativo que se debe hacer cuando hay un concurso de normas que no se da *entre reglas o principios sino entre hechos o circunstancias de hecho; no excluye la subsunción, es decir, la iuris-dictio sino que simplemente la precede como ejercicio de iuris-prudentia del mismo modo como la aceptación y valoración de lo hechos precede siempre, lógicamente, a su calificación jurídica* (Ferrajoli et al., 2012: 356).

Esta tesis, una vertiente de la denominada teoría interna de los derechos fundamentales, es también tratada en el capítulo quinto en el que se debate la objetividad en la interpretación de los conceptos morales (pp. 149 ss.). En este punto Prieto se encuentra más cercano a posiciones principialistas que a aquellas defendidas por los garantistas, considerando que *[e]n suma, no hay un indubitado contendio “verdadero” del derecho ex ante, sino un contendio ex post, que se obtiene después y no antes de ponderar, es decir, de tomar en consideración las razones que hablan a favor de uno u otro derecho* (p. 96).

En el tercer capítulo se retoma un punto ya tratado brevemente en el segundo: las relaciones entre el derecho y la moral. En el mismo, Prieto ataca el *constitucionalismo ético*, combinación de planteamientos positivistas y neoconstitucionalistas que llevarían a la identificación de lo justo con lo legal, o de lo legal con lo justo.

En este capítulo se ponen en relación las tesis del constitucionalismo ético y del constructivismo moral. El argumento desarrollado es el siguiente: un gran número de defensores del neoconstitucionalismo (como Dworkin o Alexy) han adoptado también las tesis del constructivismo ético. Estas dos corrientes, que en apariencia podrían convivir pacíficamente, se revelan luego contradictorias en tal grado que hacen imposible para los neoconstitucionalistas defender ambas sin tener que abandonar varias de sus principales premisas. Si, según la interpretación hecha por Prieto del constructivismo ético, la determinación de lo moralmente correcto se logra a través de un proceso de diálogo en el que las diferentes posiciones son presentadas y debatidas, y las constituciones, tal como las conocemos hoy en día, garantizan las condiciones de la discusión democrática, debemos llegar a la conclusión de que lo constitucionalmente válido es también moralmente correcto, por lo que habría que aceptar, con los defensores del constitucionalismo ético, la identificación entre el derecho que es y el derecho que debe ser –siempre que haya sido producido conforme a los procedimientos constitucionales.

Dado que se ha identificado constitución con justicia, una vez aceptado que una norma es constitucional, se debe llegar a la conclusión de que esta norma es justa. Si es así, no habría posibilidad de una crítica externa al derecho pues, en un modelo como el así planteado, *[l]a posibilidad de un Derecho injusto tiende a disolverse porque tiende también a disolverse el dualismo moral crítica/moral social y, por extraño que parezca, el Derecho democrático se erige en juez de su propia justicia* (p. 113).

No sé hasta donde sea correcto afirmar que es esto lo que se desprende del pensamiento neoconstitucionalista. Creo que es posible entender que los principialistas no pretenden que todo derecho constitucionalmente válido sea, por este sólo hecho, *el mejor derecho* o un *derecho justo*. El ejemplo de la teoría jurídica de Dworkin nos servirá para el caso. Dworkin de hecho distingue entre *moral social, derecho* y *justicia*. La primera está compuesta por las opiniones que *la mayoría de los miembros de [una] comunidad o quizás alguna élite moral dentro de la misma sostienen acerca de la justicia y otras virtudes políticas y personales [...] como cuestiones de convicción personal*. La justicia en cambio consiste en la *correcta o mejor teoría de los derechos morales y políticos*. Por último, el derecho es *una cuestión de cuáles supuestos derechos dan una justificación para usar o no la fuerza colectiva del Estado, por estar ellos incluidos de manera explícita o implícita en efectivas decisiones políticas del pasado* (Dworkin, 1986: 97).

Esta diferenciación tiene implicaciones importantes en su teoría. Una de las más relevantes es la distinción entre *derecho como integridad e integridad pura*. Precisamente debido a que justicia y derecho –así sea derecho constitucionalmente válido– no son lo mismo, decidir un caso basándonos en la integridad pura, que tiene en cuenta sólo la justicia, y decidirlo teniendo en cuenta el derecho como integridad, en la cual la sola justicia no basta, sino que es necesario también tener en cuenta cuestiones de equidad y debido proceso (Dworkin, 1986: 404 ss.) nos lleva a decisiones distintas. Si de acuerdo con la primera nos preguntamos por *la correcta distribución de bienes, oportunidades y otros recursos* de acuerdo con los principios que emanan del sistema, en el segundo caso debemos tener en cuenta, además de los principios, la historia de decisiones anteriores, así como las competencias propias de cada uno de los órganos encargados de tomar decisiones jurídicas.

Es cierto que en una teoría como la defendida por Dworkin ambas cuestiones serían morales, pero corresponderían a diferentes partes de la moral: la primera a la moral política y la segunda al derecho, que no es más que una rama o sección del mismo *árbol de la moral*¹. Visto de esta manera podemos decir que, en efecto, sí es posible elaborar un discurso crítico que, si bien no es externo en el sentido en que los positivistas afirman que hacen sus críticas, sí diferencia entre el derecho que es de aquel que debe ser².

En el quinto capítulo el autor retoma el tema de la supremacía constitucional. En *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (2003), Prieto había ya hecho algunas afirmaciones sobre el asunto, diferenciando entre rigidez de la constitución y supremacía de la constitución. Afirmaba Prieto que es lícito imaginarse una constitución que no exija un procedimiento diferente al de la creación de la ley para reformar su contenido, a condición de exigir, para que se mantenga la supremacía constitucional, que ese acto sea expreso, es decir, que de manera clara se

¹ Dworkin (2011: 405 ss.) se extiende en esta metáfora, en la que se ve a la moral, la ética, la política y el derecho como partes de un árbol en crecimiento, en el capítulo 19 de *Justice for Hedgehogs*.

² No es por ello extraño que Dworkin haya tratado de manera recurrente el tema de la obediencia al derecho (que está directamente relacionado con el de la obligación política) y haya tratado de mostrar cómo no cae en la confusión de no diferenciar entre el derecho que es y el derecho que debe ser.

especifique que por medio de ese proceso se está modificando el texto constitucional

En *CD* se mantiene la misma posición, se responde en particular a la críticas que le dedica Juan Carlos Bayón (2004: 75 ss.) en el apéndice a *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo* y se rebate también la tesis defendida por Ferrajoli, según la cual el modelo kelseniano de control de constitucionalidad es claramente superior al norteamericano. Este es un nuevo aspecto en el que Prieto se separa, al igual que el caso de la teoría interna de los derechos fundamentales, del garantismo ferrajoliano.

El autor afirma, creo que con razón, que el control difuso tiene las virtudes de ser más cercano a los ciudadanos (pues no requiere ser presentado por ningún sujeto político cualificado –como es costumbre en los modelos de corte kelseniano–), así como más deferente con el legislador, ya que la ley no es expulsada del sistema jurídico, sino que se considera no apta para regular un determinado caso, siendo posible que en otros la misma pueda ser considerada conforme con la constitución (p. 169 y ss.).

La obra aquí reseñada es, para concluir, un diálogo constante entre las dos grandes vertientes del constitucionalismo, la garantista y la principialista, diálogo en el cual el autor mantiene siempre una prudente distancia hacia ambas corrientes, aunque declarándose siempre un defensor más del *constitucionalismo de los derechos*.

Bibliografía

- BAYÓN, J.C. (2004), “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *Seminario Albert Calsamiglia de la Universidad Pompeu Fabra*, Barcelona, pp. 1-80.
- COMANDUCCI, P. (2010), “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en *El canon neoconstitucional*, CARBONELL, M. y GARCÍA, L. (eds.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- DWORKIN, R. (1986), *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge.
- DWORKIN, R. (2011), *Justice for hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge.
- FERRAJOLI, L. y RUIZ MANERO, J. (2012), *Dos modelos de constitucionalismo: una conversación*, Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, L. et al. (2012), *Un Debate sobre el Constitucionalismo. Monográfico Revista Doxa*, Num. 34, Marcial Pons, Madrid.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2003), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2013), *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid.

