

## Introducción

Neoconstitucionalismo y valores del ordenamiento jurídico

Lorenzo Peña y Txetxu Ausín

**E**n el período posterior a la I y, más aún, a la II Guerra Mundial los poderes constituyentes (surgidos con ocasión de las hondas perturbaciones políticas acarreadas por esos conflictos) fueron adoptando un modelo de Ley Fundamental que un sector de la doctrina ha caracterizado por ocho rasgos esenciales:

1. La rigidez de la Constitución.
2. La garantía jurisdiccional de la Constitución.
3. La aplicación directa de las normas constitucionales y la interpretación de las leyes conforme a la Constitución.
4. El reconocimiento constitucional de un amplio y nutrido elenco de valores sustantivos —y no ya formales o procedimentales— a cuya vigencia —aunque inconcreta— se sujeta la validez de las leyes ordinarias.
5. La incorporación creciente de preceptos que, a tenor de la dicotomía terminológica de Dworkin, podrían venir catalogados, más que como reglas, como principios —llamados a presidir todos los ámbitos de la pública gobernación e incluso las relaciones entre los individuos y los grupos sociales.

6. La ampliación de los derechos fundamentales del individuo, que ahora constituyen una totalidad tan abarcadora y ambiciosa que resulta prácticamente seguro el surgimiento de antinomias y colisiones (y no de lagunas), por lo cual los derechos así declarados o reconocidos actúan, nuevamente, más como principios que como reglas en sentido estricto.
7. Un concepto más rico y profundo de Estado de derecho, que ya no se limita a su núcleo mínimo original (a saber: que el poder público esté sujeto a la obediencia de las leyes que él mismo ha dictado, en vez de estar *solutus legibus*) —ni siquiera con una nota adicional de vigencia de unos derechos fundamentales del individuo—, sino que implica la garantía jurisdiccional de un amplio abanico de derechos individuales.
8. La subordinación de la interpretación constitucional a valores y fines de los poderes públicos, que no son solo los expresamente declarados en el texto de la Carta Magna, sino también los exigidos por la realidad social y por el propósito al que aspira a servir el ordenamiento jurídico-constitucional en su conjunto.

Aunque —según en seguida veremos— ni ese óctuple canon es tan novedoso como se ha pretendido ni siempre su plasmación en nuestros ordenamientos va mucho más allá de meros *desiderata*, así y todo —en la medida en que de veras se cumplen esos ocho lineamientos— conlleva una alteración del paradigma de Estado constitucional, que ha dado lugar a que hoy en día, para referirse a ese modelo presuntamente nuevo, se haya acuñado el neologismo «neoconstitucionalismo». Frente al constitucionalismo de los siglos XVIII, XIX y comienzos del XX, el neoconstitucionalismo aspiraría a caracterizarse por una progresiva constitucionalización del derecho, que invade y condiciona tanto la legislación como la jurisprudencia.

Esas transformaciones han suscitado un interés por seis cuestiones:

1. la constitucionalización del ordenamiento;
2. las objeciones a la justicia constitucional (y, dentro de ella, la alternativa, no definitivamente zanjada, entre justicia difusa y concentrada);

3. la relevancia de los valores y los principios como dos categorías de especial importancia dentro de las normas jurídicas;
4. el conflicto entre diversos valores y principios constitucionales así como entre derechos constitucionalmente reconocidos;
5. la técnica de la ponderación;
6. un desafío al paradigma del positivismo legalista, hegemónico en la filosofía jurídica contemporánea, toda vez que la fidelidad al derecho realmente existente parece ahora reclamar que se invoquen, en la aplicación misma de las leyes, consideraciones axiológicas, aun cuando carezcan de expreso reconocimiento en los textos legislativos,

\* \* \*

Aun siendo parcialmente verdad que, según lo expresado más arriba, existe una cierta tendencia a que se dé una óctuple novedad en la configuración del derecho con posterioridad a la II Guerra Mundial, es exagerado el énfasis que en tal mutación suele ponerse cuando se debate acerca del neoconstitucionalismo. Varios de esos ocho rasgos (o casi todos) se daban ya antes, desde fines del siglo XVIII; solo que dispersos, aquí uno, allá otro, pocas veces reunidos todos ellos.

Que el rótulo de «neoconstitucionalismo» se lance en Italia no deja de ser un síntoma de la contraposición entre el constitucionalismo italiano anterior a la II Guerra Mundial —el Estatuto albertino de 1848— y la Constitución republicana de 1947.

Pero, si miramos otros horizontes geográficos, veremos que ya varios o muchos de los rasgos del neoconstitucionalismo estaban presentes en unos u otros ordenamientos constitucionales en el siglo XIX y en el primer tercio del XX. Así, p. ej., desde el *Marbury vs. Madison* de 1803, los EE.UU. tuvieron un sistema de justicia constitucional (aunque en sus comienzos muy tímido y apocado, mucho más orientado a proteger los *states rights* que los derechos individuales reconocidos en las primeras enmiendas de la Constitución federal). En los albores del constitucionalismo francés ya Sieyès había propuesto una *jurie constitutionnaire*; solo que no prosperó su iniciativa, que se consideró contraria al principio de separación de poderes según la doctrina de Montesquieu.

Hallamos en las constituciones francesas de 1791, 1793, 1795 y 1848 así como en las españolas de 1812, 1837, 1869, 1876 y 1931 el reconocimiento de un amplio abanico de derechos humanos —directamente exequibles y jurisdiccionalmente exigibles— y también, al menos en varias de ellas, la proclamación de valores superiores del ordenamiento jurídico. P. ej. la Constitución republicana de 1793 afirma en su artículo 1º que la finalidad de la sociedad es la felicidad común y en su art. 21 establece que la sociedad tiene un deber de subsistencia para los ciudadanos desgraciados. Aún más marcada es la orientación axiológica de la Constitución de 1795 (pese a emanar de una inspiración conservadora). Su art. 2 afirma: «Todos los deberes del hombre y del ciudadano derivan de estos dos principios grabados por la naturaleza en todos los corazones: no hagáis a los demás lo que no queráis de os hagan; haced constantemente a los demás el bien que querríais recibir de ellos». Y su artículo 4 proclama que nadie es un buen ciudadano si no es un buen hijo, un buen padre, un buen amigo, un buen esposo.

La Constitución gaditana de 1812 proclama en su preámbulo como razón de la nueva ley «el grande objeto de promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la nación» y su célebre artículo 6 dice: «El amor a la patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles y asimismo el ser justos y benéficos». Igualmente su art. 13 afirma: «El objeto del Gobierno es la felicidad de la nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen». La Constitución de 1869 dice en su preámbulo: «La nación española [...], deseando afianzar la justicia, la libertad y la seguridad y proveer al bien de cuantos vivan en España, decreta y sanciona la siguiente Constitución»; una Constitución que es más garantista de los derechos de libertad que ninguna de las que han venido después.

Es más, la controversia sobre el control jurisdiccional de la ley precede al propio constitucionalismo. En el ambiente de la Ilustración enciclopédica francesa de la segunda mitad del Siglo de las Luces surgió un desacuerdo entre dos posturas antagónicas: de un lado, Diderot, partidario de que las leyes fueran sometidas al visto bueno de ciertos órganos judiciales (los *Parlements*), los cuales podían vetar aquellas que resultaran contrarias a las «leyes fundamentales del rei-

no» (concepto indeterminado) o a los principios del derecho natural; de otro lado, Voltaire, para quien el titular del poder legislativo tiene una misión de velar por la felicidad pública incompatible con cualesquiera interferencias jurisdiccionales. (Y hasta podríamos remontarnos a la polémica, en el siglo precedente, de Thomas Hobbes contra el jurisdiccionalismo de sir Edward Coke.)

Las dos constituciones republicanas españolas —la nonata de julio de 1873 (cuya promulgación vino frustrada por el golpe de Estado militar de enero de 1874) y la de 1931— instituyen sistemas de defensa jurisdiccional de la Constitución frente al poder legislativo.

Hay que recalcar, en particular, que la Constitución española de 1869 se concibió como tan directamente exequible y de tanta fuerza vinculante que, en la doctrina jurídica de entonces, se consideraron *ilegislables* los derechos fundamentales en ella proclamados. De hecho, en el breve período de su vigencia, se invocaron, en sede jurisdiccional, sus preceptos frente a leyes que pudieran serles opuestas. Es todo lo contrario de una constitución meramente programática o que solo vincule al propio poder legislativo sin crear derechos directamente reclamables por los justiciables.

También cabe mencionar aquí la Constitución mexicana de 1917 y la de Weimar de 1919, ambas de espíritu muy orientado hacia un amplio reconocimiento de derechos fundamentales y muy garantistas. En el período de entreguerras, son jalones, en el reconocimiento constitucional de nuevos derechos (incluyendo derechos de bienestar), las dos ya mencionadas, la alemana de 1919 y la española de 1931, pero también la soviética de diciembre de 1936 y la irlandesa de un año después.

Asimismo viene de lejos la rigidez de la Constitución. Procedimientos muy restrictivos y garantistas de reforma constitucional están incorporados a la Constitución estadounidense de 1788, a todas las francesas ya enumeradas (no así a la de la III República de 1871), a las constituciones españolas de 1812, 1869 y 1931 y a muchas de América Latina (en algunas de las cuales la rigidez se refuerza con cláusulas de intangibilidad, p. ej. en la colombiana de 1886).

Esas constataciones históricas (y podríamos agregar muchísimas más) corroboran nuestra consideración de que varias o muchas de las novedades que presuntamente han hecho surgir el nuevo paradigma

neoconstitucional ya estaban presentes desde el siglo XIX y que exagerar la originalidad de los nuevos ordenamientos constitucionales posteriores a la II Guerra Mundial viene causado por errores de perspectiva o escasa atención a la historia de las instituciones jurídicas.

Si, por lo tanto, han de relativizarse y amenguarse las presuntas novedades del modelo neoconstitucional, también es preciso reducir a sus justas proporciones las realizaciones de ese modelo, que no ha tenido en nuestro tiempo una plasmación efectiva a la altura de sus ideales, los cuales en parte siguen siendo sueños o anhelos.

El modelo de jurisdicción constitucional ha tardado en generalizarse. Conocida es la peripecia por la cual el *Conseil constitutionnel* diseñado en la Constitución de la V República Francesa de 1958 —para atar corto al poder legislativo, a fin de preservar el máximo margen de independencia del ejecutivo— se convirtió, por una decisión de 1971, en garante de unos derechos individuales que, por otro lado, no vienen positivados en la Constitución francesa, salvo en la vaga referencia del preámbulo a la Declaración de 1789 (una declaración fruto de su tiempo, que ni siquiera reconoce el derecho de reunión). El recorrido ha sido largo, tortuoso y arriesgado hasta la reforma del 23 de julio de 2008, que han consagrado a ese *Conseil* como un verdadero tribunal constitucional (instituyendo la *question prioritaire de constitutionnalité*).

Distan todavía de haber alcanzado realización varios de los rasgos característicos del nuevo Estado de derecho (neo)constitucional. No solo son muy insatisfactorios los propios textos de las constituciones vigentes, sino que, además, muy a menudo aun lo en ellos establecido queda sobre el papel. Así, la actual Constitución española somete los derechos de bienestar a una minusvaloración, privándolos de cualquier tutela en vía de amparo (y relegándolos a un estatuto de principios orientativos), mientras que en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 los derechos de bienestar no sufren tal achicamiento.

Asimismo la práctica ha dejado bastante maltrechos muchos de los otros rasgos del modelo neoconstitucional. Se ha burlado la rigidez de la Constitución con astucias para modificarla inconstitucionalmente; se han sustraído leyes importantes al control de constitucionalidad, gracias al consenso de los partidos predominantes; muchas leyes, sin

ser abrogadas, han quedado incumplidas (por la inercia del ejecutivo, que ha omitido dictar los reglamentos de aplicación sin los cuales la ley es meramente programática —y eso incluso con leyes que crean derechos ciudadanos). A veces no han funcionado los mecanismos legales de renovación de los tribunales constitucionales, abandonados a una situación de alegalidad. Ni muchísimo menos ha recibido un cumplimiento general la prohibición constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos. No pocas veces se han frustrado los intentos jurisdiccionales de interpretar las leyes según los valores reconocidos en la Constitución.

Ni tampoco todos esos rasgos del modelo neoconstitucional son necesariamente imprescindibles para tener un Estado de derecho en sentido fuerte. P. ej., ¿no puede haber uno sin jurisdicción constitucional? Lo desmiente la República Helvética, en la cual la defensa de la Constitución viene garantizada por dos mecanismos propios de su democracia singular: el gobierno por consenso, no mayoritario (lo cual obstaculiza iniciativas legislativas anticonstitucionales), y el plebiscito popular (siendo así el pueblo el guardián de la Constitución). Si ese sistema funciona mejor o peor que los más típicos del canon neoconstitucional es un asunto que merece una indagación.

Ninguna de estas precisiones está encaminada a minimizar los rasgos y problemas abordados en las discusiones sobre el neoconstitucionalismo. Únicamente hemos querido puntualizar. Hay novedades, sí, pero ni tantas ni, desgraciadamente, tan efectivamente realizadas en nuestros actuales sistemas jurídicos.

\* \* \*

Dejando al margen tales matizaciones, en decenios recientes la problemática más arriba esbozada ha hecho surgir seis propuestas: (1.<sup>a</sup>) el positivismo inclusivo; (2.<sup>a</sup>) el exclusivo (que aduce la incoherencia y ambivalencia del anterior, alegando que la fuerza vinculante de los valores viene solo del acto promulgatorio del legislador al incorporarlos al ordenamiento); (3.<sup>a</sup>) el neoconstitucionalismo propiamente dicho (con su pretensión de dejar atrás las viejas querellas mediante un planteamiento que sobrepase la presuposición en que radicaba la alternativa entre positivismo y derecho natural); (4.<sup>a</sup>) el garantismo; (5.<sup>a</sup>)

el no-positivismo inclusivo de Alexy; (6.<sup>a</sup>) una propuesta —ultramínoritaria, hoy por hoy— de recuperación de un derecho natural —un derecho natural aditivo, que poco se parece al parco y puramente procedimental jusnaturalismo de Lon Fuller, que adquirió cierto predicamento varios lustros más atrás.

El presente volumen colectivo es una recopilación de ensayos en torno a tal problemática, desde diversos ángulos metodológicos y doctrinales. El lector hallará, en efecto, contribuciones que se inscriben en varias de esas seis líneas doctrinales, desde el positivismo jurídico inclusivo hasta el jusnaturalismo.

Aspiramos así a que cada lector de este volumen sopesese esas aportaciones, llegando a sus propias conclusiones. Abrigamos la esperanza de que, tomados en su conjunto y en su mutuo contraste, los textos compilados en el presente volumen colectivo ayudarán a cada cual a reflexionar sobre problemas como los siete siguientes:

1. Qué argumentos avalan el mantenimiento e incluso la ampliación de la jurisdicción constitucional frente a las consabidas y reiteradas objeciones de que su existencia es profundamente incompatible con la democracia.
2. Qué remedios cabe diseñar para superar las insuficiencias de esa jurisdicción, la disfuncionalidad que se le suele reprochar y el peligro de arbitrariedad de sus decisiones.
3. Qué situaciones jurídicas existen en el período de transición durante el cual los órganos de la jurisdicción constitucional evolucionan de una lectura de algún precepto constitucional a otra lectura discrepante de ese precepto.
4. Qué tareas incumben (jurídicamente) a los órganos de la jurisdicción constitucional (en nuestro caso, al Tribunal Constitucional) para ajustarse al orden axiológico que la Carta Magna viene a asumir y reconocer más que a entronizar como de nueva planta (por lo cual ni siquiera halla plena ni adecuada expresión en el propio texto constitucional).
5. Qué reformas legislativas serían convenientes para hacer más efectivos y exigibles aquellos derechos consagrados y reconocidos en la Constitución, que no dejan de ser directamente vinculantes, pero que no tienen garantizada su tutela por el recurso de amparo.

6. Qué mecanismos jurídicos podrían articularse para que la normatividad plena de la Constitución se tradujera en alguna vía de recurso ante la inacción legislativa.
7. Qué lineamientos deberían seguir los eventuales procesos de reforma constitucional o los de creación y promulgación de nuevas constituciones en países de nuestro ámbito lingüístico-cultural, a tenor del espíritu neoconstitucional y del insoslayable imperativo de creciente integración jurídica internacional.

\* \* \*

El presente volumen colectivo consta de nueve contribuciones. En la primera de ellas, «Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista», Manuel Atienza examina críticamente las definiciones y caracterizaciones del neoconstitucionalismo propuestas por Susanna Pozzolo, Paolo Comanducci, Juan Antonio García Amado y Luis Prieto, mostrando que, en realidad, construyen un artificio que no se adecuaba a ninguna filosofía jurídica realmente existente y, en particular, que no son neoconstitucionalistas, según esas caracterizaciones, ni Nino, ni Zagrebelsky, ni Alexy ni Ferrajoli (quien expresamente se desmarca del neoconstitucionalismo, proponiendo, como alternativa, su propio garantismo —netamente perteneciente a la tradición positivista, si bien con un acento nuevo al reconocer el carácter normativo de la ciencia del derecho). Distinto es el caso de aquellos juristas latinoamericanos que sí han asumido la autodenominación de «neoconstitucionalistas», pero con un alcance y un sesgo que se apartan de las teorías del derecho de los principales jusfilósofos usualmente calificados con ese membrete.

Ante tan confusa proliferación de definiciones y caracterizaciones, Atienza admite que su propia teoría del derecho es un constitucionalismo postpositivista basado en la unidad de la razón práctica —lo cual supone negar que pueda trazarse una separación tajante entre derecho y moral— y en la defensa de un objetivismo moral mínimo. También reconoce la importancia de los principios, de la ponderación y del papel activo de la jurisdicción, pero, sobre todo, subraya el carácter argumentativo del derecho. En resumen, para Atienza lo distintivo de ese abanico de corrientes que podrían absumirse bajo el rótulo

de «constitucionalismo postpositivista» «es la afirmación de la naturaleza dual del derecho, que puede expresarse de diversas maneras», una de las cuales es aquella en que insistió Nino: «que las normas jurídicas no suponen por sí mismas razones justificativas autónomas».

En su contribución, «Ilegitimidad democrática y distorsión deliberativa: una réplica a los argumentos del constitucionalismo político», Mariano Melero nos sitúa en un transfondo geográfico y doctrinal muy diferente, que es el de la polémica en el mundo anglosajón sobre lo que allí se llama «constitucionalismo político», que —al revés de como se emplean las palabras entre nosotros— es la posición que prefiere, para resolver los desacuerdos sobre la aplicación de los principios y valores constitucionales, acudir a los órganos de la democracia electiva, en vez de confiar en órganos jurisdiccionales independientes. Ese «constitucionalismo» anglosajón aduce que, en una sociedad democrática, las discusiones han de solventarse por la deliberación política en sede de órganos elegidos, que responden de sus decisiones ante el electorado.

Melero discute, en particular, las ideas de Waldron, Bellamy, Tushnet y Goldsworthy, quienes se aferran a la creencia de que solo el poder legislativo es un intérprete legítimo de los principios y los derechos fundamentales del orden jurídico; algunos llegan al punto de reafirmar el viejo dogma de la soberanía del Parlamento, rechazando, por ende, cualquier declaración de derechos que coarte o constriña al legislador. Esos «constitucionalistas» se ven llevados, por su enemiga contra el activismo judicial, a rechazar la potestad de un tribunal de inaplicar una ley o de interpretarla según pautas hermenéuticas que la hagan compatible con derechos constitucionales, incumbiendo esa tarea a los órganos de elección popular, insertos en el debate público, en vez de estarle atribuida a una élite de sabios juristas. Waldron somete a crítica la teoría de la integridad de Dworkin, señalando el antagonismo entre conceptos opuestos de la justicia, sin que ningún juez pueda derivar de tan hondo disenso un presunto consenso moral con arreglo al cual se resolverían los casos difíciles.

Melero critica la postura de ese «constitucionalismo» mostrando que es incoherente con el propio espíritu de la tradición en que se inserta, la *common law*, en la cual siempre ha incumbido al juez interpretar las leyes según su comprensión de los principios constituciona-

les, al paso que los «constitucionalistas» optan por un positivismo excluyente que despoja al juez de tal misión, forzándolo a una lectura literal de la ley, que la aplique a rajatabla, sin atender a consideraciones axiológicas. Melero también apunta una debilidad esencial de la concepción de Waldron, a saber: dar por supuesto que existe mayor acuerdo sobre los procedimientos de decisión colectiva que sobre el fondo de los problemas. No sucediendo así, solo la protección de las minorías disidentes garantiza la democraticidad de las instituciones; tal protección requiere una tutela contra las mayorías, o sea una que se sitúe fuera del mecanismo decisonal propio del debate legislativo. Melero recalca que, lejos de desautorizar a los ciudadanos en cuestiones de derechos, el control judicial permite exigir cambios legales que correspondan a cuestiones de moralidad pública.

Un aspecto esencial de la aportación de Melero es su insistencia en la cultura político-jurídica. Según sea esta en un país, será más o menos idónea una u otra modalidad de control jurisdiccional de la legislación. En un entorno racional puede ser apropiado un constitucionalismo colaborativo (como el canadiense), si bien su articulación dependerá, precisamente, del contexto político-jurídico.

En «Derecho de resistencia y desobediencia civil en la Ley Fundamental de Bonn», José Antonio Santos trata de delimitar el marco histórico-jurídico de la Ley Fundamental de Bonn, a partir del cual el Tribunal Constitucional federal alemán desarrolla su jurisprudencia desde una perspectiva axiológica y objetivista. Dentro de ese contexto, cobra especial importancia el derecho de resistencia como punto de partida que explica bastante bien el (neo)constitucionalismo surgido en Alemania después de la Segunda Guerra Mundial.

Para ello, Santos examina, desde coordenadas jusfilosóficas, el encaje y el sentido del derecho de resistencia en el texto constitucional y en la jurisprudencia del alto tribunal, así como su construcción doctrinal en el marco del Estado de derecho, intercalándose paralelismos con el modelo de Estado tiránico.

A renglón seguido Santos aborda el análisis del porqué y el para qué de la resistencia en un Estado legítimo, canalizada a través de la desobediencia civil, siendo puesta en conexión con el problema de la validez y la obediencia al derecho, prestando especial atención al ámbito alemán. Por último, a modo de conclusión, Santos esboza cómo

sería deseable entender las acciones de resistencia desde el horizonte de la memoria post-Auschwitz, una vez agotados otros medios alternativos, en el contexto de la sociedad alemana y similares.

En «Igualdad y libertad. El velo islámico entre los valores superiores», María Macías Jara aborda el problema de la relación entre los dos valores de libertad e igualdad, por un lado, y, por otro, entre el reconocimiento de la diversidad cultural y la universalidad de los derechos. En tal contexto asoma la cuestión de si existe un derecho de libertad de las mujeres a vestirse con el velo islámico. Macías argumenta que el problema no puede plantearse en abstracto, independientemente de su contexto cultural-religioso, de su simbolismo, de la tradición en que se inserta, en la cual la imposición a la mujer de una vestimenta especialmente recubridora implica un estatuto de inferioridad y subordinación. Alegar que a la mujer musulmana le incumbe decidir su propio atuendo, creyendo que así se ha pronunciado la última palabra, es oponer libertad a igualdad, cuando la primera no puede ni debe darse sin la segunda. No hay grados de discriminación. Si, en un medio determinado, existe una discriminación vestimentaria, entonces se está vulnerando el derecho a la igualdad.

En «Las tensiones constitucionales del proceso de integración europeo: la (des)constitucionalización de la Unión Europea y de sus Estados miembros», José Ángel Camisón Yagüe analiza las tensiones que dan lugar a una desconstitucionalización tanto de los Estados miembros de la Unión Europea cuanto de la propia Unión, lo cual se ejemplifica en la regresiva reforma de la Constitución española llevada a cabo en 2011 ante las demandas de la U E. Camisón pone de manifiesto las contradicciones intrínsecas al proyecto de integración continental en su actual configuración.

Ciertamente en el Tratado de Lisboa se hallan disposiciones de naturaleza constitucional que ordenan el poder y su ejercicio y que reconocen derechos a los ciudadanos europeos; mas ese constitucionalismo afronta graves y significativos desafíos constitucionales, especialmente tres: (1.º) el que afecta a la democraticidad del poder constituyente, (2.º) el concerniente a la soberanía y (3.º) el referente a la elusión de un pacto capital-trabajo. Conducen esas tensiones a un retroceso en los logros que habían alcanzado el constitucionalismo del

Estado social y aquellas constituciones en las que, con distinta intensidad, se había materializado, entre ellas la española.

Entre otros problemas, Camisón aborda el principio de primacía del derecho comunitario, instituido por vía pretoria mediante una célebre decisión del Tribunal de Luxemburgo, que, si fue inicialmente aceptada sin pestañear, acabó, no obstante, suscitando un recelo a raíz de una sentencia de la Corte Constitucional italiana de 1973, en virtud de la cual los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución italiana no pueden sufrir menoscabo por normas de derecho paneuropeo. En sentido parecido se ha pronunciado el Tribunal de Karlsruhe.

Camisón se lamenta de que la Unión Europea, que solo tiene formalmente poderes cedidos en virtud del principio de atribución de competencias y no una soberanía originaria y democrática, se imponga a los Estados, que sí tienen esa soberanía. Una Unión no soberana ejerce así potestad sobre los Estados soberanos y sus pueblos. Lo cual, en la práctica, ha llevado a vaciar de contenido buena parte del Estado social diseñado en la Constitución española de 1978.

En «Seguridad jurídica, crisis de la ley y crisis en la aplicación de la ley», Liborio Hierro empieza defendiendo el ideal ético-jurídico del imperio de la ley como expresión de la voluntad general; ideal ilustrado cuyos principales fundadores serían Locke, Rousseau y Kant.

Los agoreros de la «crisis de la ley» aducen la quiebra del modelo legislativo clásico acarreada por varios factores concurrentes: la proliferación de fuentes del derecho; la inflación legislativa; la superabundancia de leyes *ad hoc* —que tienen, efectivamente, nombre y fuerza de ley mas no responden al concepto clásico—; la constitucionalización del ordenamiento, que reduce la potestad del legislador; y el creciente papel de los principios (en un sentido más o menos dworkiniano), asociado a la judicialización del derecho.

Hierro considera que la mayor parte de esos hechos no empañan el ideal ético-jurídico del imperio de la ley (ni, por lo tanto, implican una «crisis» en un sentido calamitoso), aunque sí nos fuerzan a tener de la ley, del sistema de leyes, una visión menos rígida y monótona que la del legalismo liberal decimonónico. Lo único que, a su entender, sí desafía seriamente el imperio de la ley es el papel desmesurado de los principios y el recurso a la judicialización.

Hierro sostiene que, puesto que la crisis de la ley no es ningún fenómeno radicalmente nuevo, la solución no ha de buscarse fuera de los parámetros del pensamiento ilustrado, que formuló ese ideal y ese concepto de la ley. Critica, en particular, la propuesta de la profesora Queralt Tejada de considerar que el juez ya no está estrictamente sometido a la legalidad, que es un decisor libre, colocado en un plano de igualdad respecto al legislador. Si aceptáramos esa terapia, provocaríamos la enfermedad que se ha diagnosticado y así terminaríamos viviendo en un mundo donde los jueces, en vez de sentenciar, persuadirían y, en vez de producir el contenido de la ley, justificarían su personal y subjetiva visión.

Hierro alerta contra el peligro de una hipertrofia de la ponderación, que a menudo encubre una decisión arbitraria del juez. Porque, si, entre dos principios en colisión, hay alguna norma o metanorma que brinda la pauta jurídica para habérselas con ese conflicto, entonces, aplicada esa pauta, estaremos en la subsunción. Desconocerlo es erigir al juez en legislador, con la deletérea consecuencia de que se arruina la seguridad jurídica y, con ella, un rasgo esencialísimo del Estado de derecho.

En suma, la solución a la crisis de la ley es reforzar el ideal del imperio de la ley y mejorar la calidad técnica de la legislación.

En «Complicaciones morales y estructuras constitucionales», José Juan Moreso aborda el problema de la colisión entre derechos constitucionales a partir del ejemplo de un profesor universitario italiano, cuya relación laboral con una universidad católica cesó por haberse manifestado en contra de algunos dogmas de esa confesión religiosa. Tras un recorrido jurisdiccional siempre favorable al establecimiento eclesiástico-docente, finalmente el Tribunal de Estrasburgo falló a favor del profesor, porque su universidad, no habiendo motivado la interrupción de la relación contractual, no le había brindado ocasión de defenderse argumentativamente.

A partir de ese caso, Moreso analiza el problema más general de las normas defectibles, o sea aquellas que pueden venir excepcionadas por la presencia de circunstancias obstativas o impeditivas. Para habérselas con tales problemas en la ética y en el derecho, Moreso afirma que hay dos estrategias: la de atribuir a las normas en posible conflicto mayor o menor fuerza vinculante y la de delimitar el ámbito de aplica-

bilidad respectivo. Como modelo de la primera estrategia —que podríamos llamar «intensivista»— Moreso se refiere a la concepción de Alexy, quien entiende los principios como mandatos de optimización, proponiendo la ponderación como la técnica idónea para resolver su conflicto, lo cual obliga a que cualquier vulneración jurídicamente aceptable de un derecho venga compensada por la *importancia* de la satisfacción de un derecho ajeno cuando se produce la colisión.

La dificultad que ve Moreso en ese modelo estriba en que no tiene en cuenta que algunas circunstancias son de valencia variable, pudiendo pesar en la balanza, ora de un lado, ora del otro. Una alternativa sería acudir a un modelo menos conocido, que propuso Nozick, en el cual se comparan dos conductas alternativas posibles para un sujeto, determinándose la corrección de una de ellas al confrontar sendos conjuntos de rasgos positivos y de rasgos negativos (un rasgo puede ser positivo o negativo según el contexto).

Moreso opta, sin embargo, por la estrategia extensivista, la delimitación del ámbito objetivo de cada derecho en función del contexto (un doble contexto: uno de uso y el otro de evaluación), lo cual, además, permite dar una respuesta al particularismo de Dancy, para quien siempre hay que apreciar caso por caso, sin que valgan reglas. De ese modo no se cierra la lista de circunstancias obstativas o impeditivas (hacerlo le parece a Moreso epistémica y hasta conceptualmente imposible), puesto que dependerá del contexto que una circunstancia lo sea o no.

En el penúltimo trabajo de esta antología, «Constitucionalismo(s) y mecanismos de garantía», Susanna Pozzolo critica el constitucionalismo de las reglas, del cual formaría también parte la doctrina neoconstitucionalista, que hace residir la fuerza de las reglas en su contenido, particularmente en la afirmación de los derechos.

A juicio de la autora, resulta problemática tal perspectiva constitucional, hoy ampliamente difundida, al debilitar el constitucionalismo como doctrina de los límites jurídicos del poder. Tal perspectiva habría nacido con las constituciones de la segunda posguerra mundial, las cuales marcarían un viraje con relación a las constituciones precedentes por varios motivos, principalmente por la justiciabilidad de los derechos en ellas consagrados, sobre todo los sociales. Concretar los derechos sociales es, por consiguiente, una opción política.

Como, en el desarrollo democrático, se desvanece el principio jerárquico y como la democracia está animada por intereses contrapuestos, la elección legislativa carece de una fuerte legitimidad. Por lo cual, los intereses insatisfechos se dirigen a los jueces, que operan con ponderaciones, contribuyendo así a una deslegitimación aún mayor.

Esta situación, que une un cierto tipo de constitución a un conjunto de ideologías de los juristas, nos ha hecho pasar, en buena medida, de un constitucionalismo vertical a otro horizontal, debilitando así las defensas contra el poder, ya que, siendo este democrático, no se percibe como poder, o sea, como opresivo. Al revés, concéntrase el esfuerzo en cómo obstaculizar a los competidores (a los «iguales» de la sociedad democrática) mediante la distribución de las ventajas que se derivan de los derechos sociales. Determinase, en este panorama, una desarticulación de las fuentes del derecho, resquebrábase el principio de legalidad y brotan nuevos poderes, como el económico.

Cierra este volumen la contribución de Lorenzo Peña, «No es la Constitución la norma suprema». Empieza por examinar unos contenidos jurídicos que de ningún modo pueden estar subordinados a la Constitución, que son los del derecho natural y la lógica nomológica.

Luego procede por reducción al absurdo, concediendo, a título de hipótesis, que la Constitución fuera la norma suprema. El autor entiende que habrá de interpretarse y que de ella se tendrán que extraer conclusiones normativas, alegando que, para lo uno y lo otro, son menester cánones hermenéuticos y nomológicos, que no dependen de la Constitución, so pena de círculo vicioso. Dando un paso más, Peña afirma que, en los sistemas con control jurisdiccional de la ley, acaba surgiendo el problema de las prescripciones constitucionales anticonstitucionales, a su juicio insoluble mientras no descartemos la tesis de la supremacía constitucional.

Finalmente su contribución aborda la cuestión de las fuentes de legitimidad de la Constitución, argumentando que es forzoso reconocer una norma legitimativa supraconstitucional tal que, cumpliéndose determinadas condiciones fácticas, serán legítimas las instituciones jurídico-políticas y, derivadamente, merecerán acatamiento y obediencia la Constitución en particular y el ordenamiento jurídico en general.

El trabajo de Peña, muy centrado en el actual ordenamiento jurídico-constitucional hispano, se sintetiza en una doble tesis: (1) en un

ordenamiento jurídico una ley fundamental llamada «Constitución» no puede ser la norma suprema; y (2) el grado de legitimidad de esa ley fundamental depende de cuán satisfactoria sea para el bien común la realidad jurídica presidida por ella.

\* \* \*

El presente volumen colectivo es, en parte, una emanación del VI Simposio La Razón Jurídica (con el mismo título que el de la presente introducción, «Neoconstitucionalismo y valores del ordenamiento jurídico»), organizado por el Grupo de Estudios Lógico-Jurídicos (Juri-Log) del Instituto de Filosofía del CSIC los días 14 y 15 de abril de 2011, acción complementaria subvencionada por el Ministerio (DER2010-11346-E/JURI), a su vez inserta en el proyecto de I+D «Una fundamentación de los Derechos Humanos desde la lógica del razonamiento jurídico» [HUM2006-03669/FISO].

La compilación de los materiales y las contribuciones de los coordinadores (no solo esta misma introducción sino también el ensayo de Lorenzo Peña, último del volumen) forman parte del proyecto de I+D «Responsabilidad causal de la comisión por omisión: una dilucidación ético-jurídica de los problemas de la inacción indebida» [FFI2014-53926-R], MINECO, 2015-2017.

\* \* \*

Madrid, 29 de mayo de 2016

