

LA NATURALEZA ÉTICA DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

THE ETHICAL NATURE OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY

RAFAEL CABALLERO HERNÁNDEZ¹

RESUMEN: A través de un largo y complejo proceso histórico, la democracia como forma de gobierno y el constitucionalismo como forma de estructurar al Estado se fundieron, dando vida al modelo jurídico-político que conocemos como democracia constitucional. El fundamento ético de la democracia constitucional es el respeto al principio de igualdad y a los derechos fundamentales; históricamente desarrollados a partir (y a propósito de la conjugación) de la libertad negativa defendida por la tradición liberal del derecho natural, y de la libertad positiva amparada por el contractualismo democrático. El presente trabajo tiene como finalidad recordarnos que la democracia constitucional es también una apuesta ética.

PALABRAS CLAVE: *Democracia constitucional; ética; liberalismo político; contractualismo; justicia social.*

ABSTRACT: Through a long and complex historical process, democracy as a form of government and constitutionalism as a way of structuring the State merged, giving life to the legal and political model we know as constitutional democracy. The ethical foundation of constitutional democracy is the respect for the principle of equality and fundamental rights, historically developed from (and about the conjugation) of negative liberty advocated by the liberal tradition of Natural Law and positive liberty protected by democratic contractualism. This paper aims to remind us that constitutional democracy is also an ethical commitment.

KEYWORDS: *Constitutional Democracy; Ethics; Political Liberalism; Contractualism; Social Justice.*

¹ Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM. Miembro del Colegio de Profesores de Derecho Constitucional. Contacto: <rcaballero@derecho.unam.mx>.

SUMARIO: I. El papel de la ética en la filosofía del derecho contemporánea. II. El constitucionalismo contemporáneo y su relación con la democracia. III. La naturaleza ética de la democracia constitucional. IV. Bibliografía.

I. EL PAPEL DE LA ÉTICA EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA

Ya en curso el siglo XXI, el derecho como teoría y práctica se encuentra en un momento de reinvención que ha ocasionado incertidumbre y cierta inestabilidad. Los últimos decenios del siglo pasado se caracterizaron por las profundas transformaciones en los estudios de la filosofía del derecho, mismas que han cambiado radicalmente su panorama. En primer lugar, señala Carla Faralli, se ha asistido a una progresiva disolución de las escuelas y de las orientaciones consolidadas (es decir, la distinción clásica entre ius-naturalismo, positivismo y realismo jurídicos), pues los nuevos pensadores que podrían ser reconducibles a ellas se ocupan ahora de investigaciones nuevas. Asimismo, el debate filosófico-jurídico se ha internacionalizado y abierto a la creciente influencia de la cultura angloamericana. Además, advierte la profesora italiana:

Una característica ulterior del debate iusfilosófico contemporáneo es la notable ampliación del ámbito temático: junto a la problemática tradicional, que va de la teoría de la justicia a la ciencia jurídica, de la teoría de la norma a la teoría del ordenamiento, el filósofo del derecho está hoy bastante más ocupado en el tratamiento de cuestiones específicas que lo sitúan al lado del filósofo moral, del filósofo político, del informático, del médico, del sociólogo.²

² FARALLI, Carla, “La filosofía jurídica actual. De los años setenta a fines del siglo XX”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos/Facultad de Derecho-Universidad Complutense de Madrid, Nueva Época, vol. 3, 2002, p. 134. Cabe señalar que el artículo de Faralli, como ella misma lo advierte, intenta ser una continuación de la *Historia de la filosofía del derecho* de Guido Fassò.

De igual forma, es de todos sabido que la filosofía del derecho adquirió nuevos bríos a partir de la denominada crisis del positivismo jurídico. La crítica del modelo positivista a finales de los años setenta del siglo pasado produjo, al menos, dos directrices: por un lado, la apertura de la filosofía del derecho al mundo de los valores ético-políticos y, por el otro, al mundo de los hechos. Así, el post-positivismo pudo comenzar, en la primera directriz, con la polémica entre H.L.A. Hart y Ronald Dworkin, y bajo la segunda, con la elaboración neoinstitucionalista del derecho de Ota Weinberger y Neil MacCormick.³ Para efectos de este trabajo, me enfocaré en la primera directriz, es decir, la apertura del derecho al universo de la ética y de la política.

A finales de los años setenta del siglo pasado, en el contexto de su polémica con Herbert Hart respecto de la separación entre derecho y moral, Ronald Dworkin sostuvo que los ordenamientos jurídicos no pueden ser reducidos a meras estructuras normativas y que junto a las reglas (*rules*) existen los principios (*principles*), que representan un *standard* que debe ser observado no porque provoque o mantenga una situación (económica, política o social) deseable, sino en cuanto que es una exigencia de justicia, o de corrección o de cualquier otra

³ “La premisa de la teoría neoinstitucionalista de MacCormick (n. 1941) y Weinberger (n. 1919) está constituida por el reconocimiento de la inadecuación del positivismo, que emplea nociones «ideales» puestas fuera del mundo del «ser» y pierde de vista el hecho de que el Derecho está profundamente inmerso en la realidad... Se trata de una historia institucionalista del Derecho que explica y da cuenta de la existencia de normas, instituciones jurídicas y otros objetos similares... Para MacCormick y Weinberger el Derecho se sitúa sobre el plano de los hechos, pero no de los hechos en bruto, sino sobre el plano de los hechos institucionales. Estos últimos constituyen una categoría especial de hechos, que tienen una dimensión propia y dignidad ontológica, paralela, por así decir, a la dimensión de los hechos en bruto, en cuanto traen su origen de la regla constitutiva. Lo que distingue las reglas jurídicas en el vasto ámbito de los hechos institucionales es el ser la norma jurídica funcional para fines particularmente relevantes para la sociedad, como la protección de la vida y de la seguridad de los asociados y la distribución de los bienes”. *Ibidem*, pp. 139-140.

dimensión de la moral.⁴ De esta forma, los principios son complementarios de las normas en el ordenamiento jurídico y son válidos en cuanto corresponden a exigencias morales. Los tribunales deben recurrir a ellos para resolver los casos difíciles (*hard cases*), los cuales no podrían ser resueltos aplicando sólo normas sin cometer injusticia.⁵ En este sentido, para Faralli la de Dworkin “resulta una teoría del Derecho como interpretación y como integridad, en el sentido que el Derecho es concebido como una actividad compleja de interpretación, pero no dejada a la discrecionalidad de los jueces, sino firmemente unida a los principios, fruto de un preciso desenvolvimiento histórico”.⁶ Por su parte, en su *Postscript*, Hart le critica a Dworkin que su teoría esconde en realidad una especie de “neo-formalismo”. Como señala René González de la Vega extendiendo la idea de Hart:

Un neo-formalismo que defiende otra forma de decir que siempre hay respuesta correcta, sólo que la misma se alcanza sin el postulado de jueces autómatas sino a través de otros criterios como la ponderación y la interpretación. Sin embargo, lo cierto es que termina por defender un modelo de juez cercano al formalista en tanto que, en realidad, no es capaz de hacer frente a los complejos problemas de las sociedades plurales y democráticas, ni reconoce que estos conflictos terminan por mostrar las limitantes que tiene la racionalidad jurídica en general.⁷

⁴ Cfr. DWORKIN, Ronald, “¿Es el derecho un sistema de normas?”, en DWORKIN, Ronald (comp.), *La filosofía del derecho*, 2ª ed., México, FCE, 2014, pp. 107-159.

⁵ Cfr. DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Londres, 1977, *passim*. Sobre el pensamiento ulterior de Dworkin y su legado para la filosofía del derecho, consultar la discusión en: *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, IIJ-UNAM, núm. 9, enero-diciembre de 2015.

⁶ FARALLI, Carla, *op. cit.*, p. 141.

⁷ GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, “Jueces y Derecho en México: una visión desde la filosofía práctica”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXIV, núm. 261, México, Facultad de Derecho-UNAM, enero-junio de 2014, pp. 30-31. González de la Vega rastrea el argumento de Hart en su “Postscript”, en *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 259.

Resultado de la polémica Hart-Dworkin, en el mundo anglosajón se abre el camino hacia una filosofía del derecho normativa, impregnada de cuestiones políticas y morales, en estrecha conexión con la filosofía política y con la filosofía moral. En efecto, en esa misma época, John Rawls –con su *A Theory of Justice*⁸– se propuso identificar cuáles de entre las diversas concepciones del bien social que se pueden perseguir son justas, esto es, aquellas que algún ciudadano elegiría de poder estar en condiciones de efectuar una elección absolutamente racional, más allá de sus propios intereses egoístas. De esta forma, en la teoría de Rawls los principios de justicia se deducen a partir de un procedimiento contractual hipotético, que representa una nueva y sofisticada versión del contrato social. La teoría de Rawls parte de la supuesta existencia de individuos esencialmente racionales y en condiciones de total libertad e igualdad que eligen conjuntamente, en un único acto colectivo, los principios que deben asignar los derechos y deberes fundamentales, así como el reparto de los beneficios sociales. Tal procedimiento parte de la posición originaria, en la cual los individuos son puestos bajo un velo de ignorancia, en el sentido de que no conocen su posición en la sociedad. Todas las consideraciones que podrían introducir elementos de falta de imparcialidad en el diálogo contractual son excluidas. Así, en franca oposición al positivismo, la teoría de Rawls abre la posibilidad de un discurso racional sobre contenidos deontológicos. Partiendo de la filosofía moral y política, la obra de Rawls ha tenido un fuerte impacto sobre la filosofía del derecho, pues está centrada sobre un tema clásico de la tradición filosófico-jurídica: el de la justicia, o, mejor, el de la fundamentación de las normas morales fundantes de los sistemas jurídicos.

Por otra parte, en la tradición del derecho continental (o romano-canónica) también se amplió el reconocimiento de la dimensión ética del derecho. En Italia, por ejemplo, el positivismo jurídico

⁸ RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 1979.

que se había venido desarrollando a través del fecundo encuentro entre la filosofía analítica y la teoría pura de Kelsen entró en crisis al finalizar los años sesenta.⁹ En *El problema del positivismo jurídico*, Norberto Bobbio enumera cuatro diferentes formas de entender esta concepción del derecho: 1) Como concepción legalista de la justicia (legalismo). 2) Como teoría normativa del derecho (normativismo). 3) Como ciencia del derecho o dogmática jurídica y, 4) Como jurisprudencia de conceptos (conceptualismo jurídico).¹⁰ A grandes rasgos, citando a Bobbio, González de la Vega lo explica de la siguiente manera:

1. El formalismo como teoría de la justicia es aquel “que considera que un acto justo es el que se hace conforme a la ley, e injusto aquel que está en desacuerdo con ella”. Esta clase de formalismo podría afirmar que emitir un juicio ético-normativo sobre un acto o acción particular consiste en la conformidad que tiene éste con la norma. Respecto a esta clase de formalismo, que ha sido muy debatido, se considera que sus tesis son teóricamente incompatibles con los estándares normativos impuestos por un Estado constitucional de Derecho.

2. El formalismo visto como teoría formal del Derecho es defendido por “aquellas teorías que presentan el Derecho como una forma (generalmente constante) respecto a un contenido (generalmente variable)”. Bobbio señala que todas las teorías con un cierto grado de sistematicidad son formales. Esta clase de formalismo en realidad no debería ser descartado ni en la teoría ni en la práctica jurídica por el papel tan importante que representan las estructuras formales dentro del sistema jurídico, es decir, el Derecho como sistema de normas. Esta parte, logra también, la importante tarea de proteger

⁹ Señala Carla Faralli: “En 1965 aparece *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* de Norberto Bobbio y *Cos'è il positivismo giuridico* de Uberto Scarpelli, dos obras consideradas la síntesis de quince años de alianza entre positivismo jurídico y filosofía analítica, pero que revelan los primeros síntomas de crisis”. FARALLI, Carla, *op. cit.*, p. 144.

¹⁰ BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, México, Fontamara, 1992.

muchos de los principios del Derecho tales como la seguridad jurídica, la certeza, y la coherencia del sistema.

3. En cuanto al formalismo como ciencia del Derecho, Bobbio refiere que se habla de ciencia formal en un sentido más amplio "... como forma del saber que no tiene por objeto hechos del mundo físico o humano, sino calificaciones normativas de hechos y cuya tarea no es la explicación, propia de las ciencias naturales, sino la construcción (de conceptos) y del sistema". Cuando el formalismo normativista habla de "construcción" se refiere al medio de abstracción de conceptos (Max Weber se refirió a esta "construcción" con el nombre de "tipo ideal"). Esta construcción jurídica permite elaborar o abstraer el "sentido" de la relación, que es de carácter conceptual normativo. Normalmente, esta "construcción jurídica" del tipo ideal tiene como medio teórico a la dogmática jurídica, en donde el fin de la investigación no es, ni la explicación causal, ni la justificación de una institución jurídica, sino únicamente la de su estructura normativa.

4. La principal característica del formalismo como jurisprudencia de conceptos (o interpretación formal del Derecho) es la de ver al juez como el aplicador de definiciones conceptuales y no como creador de Derecho. Es decir, que la labor del juez se resume a la formulación de silogismos lógicos, mientras que su función motivadora y justificativa en las resoluciones jurídicas no tiene cabida en esta forma de concebir al Derecho.¹¹

Bobbio declara su adhesión al positivismo jurídico sólo en cuanto modo avalorativo y científico de aproximarse al estudio del derecho, concebido como fenómeno real y no ideal. En los años setenta, Bobbio se acerca a una teoría del derecho de tipo funcional:

¹¹ Cfr. GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, *op. cit.*, pp. 33-36. Respecto del formalismo jurídico, este autor sostiene que "este tipo de dogmática jurídica es la que ha tenido mayor arraigo en el desarrollo teórico y en la educación jurídica de los países latinoamericanos, y en algunos de la Europa central. Se podría decir que estos países han seguido por años un modelo legalista-normativista".

Como declara el mismo Bobbio en la introducción a una colección de escritos de aquellos años, significativamente titulada *Dalla struttura alla funzione*, la teoría formal del Derecho, orientada toda al análisis de la estructura de los ordenamientos jurídicos, ha descuidado el análisis de sus funciones. Pero el Derecho no es un sistema cerrado e independiente: es, respecto de los sistemas sociales considerados en su complejidad, un subsistema que está junto, y en parte se superpone y en parte se contrapone, a otros subsistemas (económico, cultural, político) y lo que le distingue de los otros es la función. Este descubrimiento pone en evidencia la insuficiencia de la teoría estructural y la necesidad de una «teoría funcionalista del Derecho», que se sitúe no en contraposición, sino junto a la primera.¹²

Desde finales de los años setenta hasta su muerte, Bobbio se ocupó principalmente de la filosofía política, seguramente por la convicción madurada de que la reflexión política debe alimentar e integrar la filosofía del derecho. Asimismo, la influencia del pensamiento de Bobbio en Latinoamérica ha sido mayúscula. Como sostiene Lorenzo Córdova, “sus numerosas obras dedicadas al estudio de la democracia y de sus problemas a partir de mediados de los años ochenta coincidió con un periodo en el que se expandió en América Latina la ola democratizadora... en ese sentido, las reflexiones de Bobbio en torno a la libertad política y a la democracia acompañaron esos procesos de transición y se plantearon como un referente teórico obligado”.¹³

¹² FARALLI, Carla, *op. cit.*, pp. 144-145. Por su parte, señala Faralli, “derivado del análisis crítico del positivismo, Scarpelli orienta sus estudios sobre todo a problemas de ética y de metaética jurídica y general, a veces en forma de investigación de problemas de semiótica del lenguaje prescriptivo”. *Ibidem*, p. 146.

¹³ CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, “Presentación”, en su obra colectiva *Norberto Bobbio: cuatro interpretaciones*, México, IIJ-UNAM/Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, pp. IX-X. Sobre la influencia del pensamiento bobbiano en Latinoamérica, véase también: FILIPPI, Alberto y LAFER, Celso, *El pensamiento de Bobbio en la cultura iberoamericana*, México, FCE, 2006; así como CÓRDOVA, Lorenzo y SALAZAR, Pedro (coords.), *Política y derecho. (Re) pensar a Bobbio*, México, siglo XXI editores, 2005.

Sobre esta etapa del pensamiento bobbiano, Michelangelo Bovero, sucesor del *caposcuola* de Turín, señala dos aspectos originales y característicos de su maestro: el método, entendido en sentido amplio, y su concepción dualista del mundo.

Característica original del método bobbiano es la elaboración de esquemas conceptuales estructurados a partir de una lógica binaria: el pensamiento se desarrolla por dicotomías, parejas de términos recíprocamente excluyentes, que son articuladas y ramificadas hasta formar una red capaz de abarcar el universo de los problemas morales, jurídicos y políticos –o sea, el objeto de la filosofía práctica–.¹⁴

Y en su concepción dualista del mundo, advierte Bovero, la dicotomía “más apta para aplicarse al propio pensamiento bobbiano, y para revelar la naturaleza de su original tensión interna”, es la de los ideales y la materia bruta.

En palabras del profesor turinés:

La gran dicotomía entre ideales y materia bruta sirve eficazmente para expresar el sentido dramático de la convicción más general, enraizada en el pensamiento de Bobbio, de que el mundo humano, como universo histórico, posee una naturaleza objetivamente dualista... Bobbio atribuye un significado principalmente metodológico y gnoseológico.

...Bobbio es al mismo tiempo un realista y un idealista –en el sentido amplio y no metafísico del término–, un constructor de modelos normativos, de proyectos para una “sociedad buena” o para una “sociedad justa”, ya que considera que la aspiración hacia un mundo mejor debe ser elaborada a partir de un análisis atento y objetivo de la cruda realidad... no se detiene en el diagnóstico pesimista de los males del mundo, sino que alimenta constantemente la reflexión

¹⁴ BOVERO, Michelangelo, “Democracia y derechos en el pensamiento de Norberto Bobbio. Entre realismo y utopía”, en CORDOVA, Lorenzo (coord.), *Norberto Bobbio: cuatro interpretaciones*, *op. cit.*, p. 22.

sobre las terapias posibles: que son, para Bobbio, la democracia y los derechos humanos.¹⁵

De esta forma he querido mostrar, a partir de algunos ejemplos teóricos importantes, cómo la crisis del positivismo jurídico conllevó la superación de la rígida distinción entre derecho, moral y política, y la consiguiente apertura del debate iusfilosófico contemporáneo a los valores ético-políticos. Tal apertura produjo una amplia difusión de nuevas teorías constitucionalistas (que algunos teóricos han denominado en su conjunto: neoconstitucionalismo),¹⁶ del garantismo y de las teorías contemporáneas del derecho natural (las cuales menciono a continuación). Así como una prolífica discusión sobre la justicia, que se desarrolló de manera paralela desde el ámbito de la filosofía moral y política.

En este sentido, como se señaló en el párrafo anterior, es necesario mencionar el renovado interés por el derecho natural a partir de los años sesenta del siglo pasado, fruto de otra importante polémica, esta vez entre Herbert Hart y Lord Patrick Devlin, en el contexto del *Wolfenden Report* respecto de la oportunidad de la represión penal de la homosexualidad y de la prostitución en Inglaterra.¹⁷ Las posiciones de Hart y Devlin son emblemáticas de dos ideologías opuestas: el liberalismo y el moralismo jurídico.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 23 y 26,

¹⁶ En efecto, como advierte Pedro Salazar, “algunos teóricos no reparan en las distinciones y agrupan ambas aproximaciones [neoconstitucionalismo y garantismo] bajo la denominación única y común de neoconstitucionalistas... Así lo han hecho, no sin ciertos matices, por ejemplo, P. Comanducci y S. Pozzolo o, al editar un libro que de inmediato se volvió referencia en el tema, M. Carbonell”. SALAZAR, Pedro, “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción”, en *Doxa*, núm. 34, España, 2011, p. 295.

¹⁷ Los textos de la polémica entre Hart y Devlin son, respectivamente, “Positivism and the Separation of Law and Morals” (1958) y “The Enforcement of Morals” (1959).

Muy esquemáticamente el liberalismo sostiene que, salvo los casos de *harm to other*... cada uno deberá ser dejado en libertad para elegir los propios valores y fines, compatibles con una igualdad del mismo tipo para todos; mientras que el moralismo jurídico considera la conservación de la moralidad de una sociedad... un valor que merece ser mantenido con el aparato coercitivo del Derecho. El moralismo jurídico contemporáneo (o perfeccionismo, como también se le define) apoya sus argumentos refiriéndose a valores que vienen afirmados como «verdad ética objetiva» o valores interpretados como simple moral compartida... La primera línea argumentativa se retoma por exponentes del iusnaturalismo contemporáneo, por ejemplo, John Finnis, el cual sostiene que se puede determinar cognitivamente la moralidad o inmoralidad de algunas prácticas. La segunda, en cambio, recorre la constelación contemporánea del pensamiento comunitario (puede verse Alasdair Macintyre, Michael J. Sandel, Michael Walzer) que se considera la opinión dominante, la cual aduce motivos históricos o culturales para determinar la moralidad o inmoralidad de prácticas específicas en una comunidad dada, examinada de vez en cuando.¹⁸

En 1964, Lon Fuller publica *The Morality of Law*,¹⁹ y, un año después, aparece el ensayo de Germain Grisez²⁰ que representa el inicio de la considerada teoría neoclásica del derecho natural, caracterizada por retomar la filosofía aristotélica y, sobre todo, la de Santo Tomás de Aquino. Sin embargo, el texto principal de la aproximación neoclásica a la doctrina del derecho natural es *Natural Law and Natural Rights* de John Finnis.²¹ Quepa la mención sólo para referencias posteriores.

En la actualidad, tienen también gran relevancia las teorías de la argumentación jurídica, las cuales tienen el propósito de limitar

¹⁸ FARALLI, *op. cit.*, p. 160.

¹⁹ FULLER, Lon, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.

²⁰ GRISEZ, G., "The First Principle of Practical Reason. A Commentary on the Summa Theologiae 1-2, Question 94, Article 2", en *Natural Law Forum*, 1965, pp. 168-201.

²¹ FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980.

la discrecionalidad de los jueces a través de ciertos criterios formales de racionalidad práctica. De la misma manera, se discute que además de ese cúmulo de criterios de racionalidad existe también un marco de normas fundamentales que sirven como herramientas sustantivas para la resolución de problemas prácticos.²² De acuerdo con Manuel Atienza, la concepción argumentativa parte de “ver el derecho no sólo como un conjunto de normas sino como una actividad, una práctica, que transcurre en el tiempo; se entiende que los elementos integrantes del derecho son normas, enunciados y también las fases o momentos de esa actividad, considera como el objeto de la teoría del derecho no sólo la descripción de una realidad (previamente dada) sino también la contribución al desarrollo de dicha empresa, de tal manera que la teoría se fundiría con la práctica”.²³

II. EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO Y SU RELACIÓN CON LA DEMOCRACIA

Históricamente, el constitucionalismo se concibe como una forma de estructuración del Estado basada en el pensamiento liberal del gobierno limitado, es decir la limitación del poder en virtud de la protección de los (derechos fundamentales de los) individuos contra eventuales abusos por parte de los gobernantes.²⁴ De este modo, “la

²² Cfr. GONZÁLEZ DE LA VEGA, *op. cit.* Véase también ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, IIJ-UNAM, 2011.

²³ ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 25. Señala Atienza: “el enfoque del derecho como argumentación presupone un trasfondo pragmatista, entendiendo por tal no exactamente una teoría o una filosofía del derecho, sino más bien una cierta actitud en relación a qué teoría del derecho merece la pena elaborar. Y la respuesta es que sólo aquella que parte de la primacía de la práctica”. *Ibidem*, p. 30.

²⁴ Desde el punto de vista histórico, la filosofía jurídica del movimiento constitucionalista se expresa en estos documentos de referencia obligada: la *Carta Magna* (1215) y el *Bill of Rights* (1688) de Inglaterra. Pero el verdadero parte aguas en la

Constitución se inspira en la batalla contra el gobierno discrecional y evoca la idea de un pacto colectivo en el que los individuos, voluntariamente y por consenso fundan el Estado y cuya finalidad es limitar formalmente y, sobre todo, materialmente, al titular del poder político”.²⁵ En efecto, el constitucionalismo se funda en un conjunto de libertades individuales: la libertad personal, de opinión, de asociación y de reunión; así como en el respeto al derecho de propiedad. Estas “cuatro grandes libertades de los modernos” (como las llama Bobbio) pertenecen a la llamada libertad negativa,²⁶ la cual establece que la libertad de los individuos será tan grande como amplia sea el área de no-interferencia (no constricción y no impedimento, de aquí su connotación “negativa”) por parte del poder político. Como se puede observar, lo que caracteriza al pensamiento liberal es la necesidad de limitar a la autoridad para impedir los abusos de poder, a través de la expansión de los espacios de las libertades individuales, independientemente de quien sea el titular de dicho poder.

El constitucionalismo se basa en diversas técnicas de limitación del poder, las cuales constituyen los pilares del mismo. Estos pilares son: el principio de legalidad, los derechos fundamentales y

historia filosófica de la Constitución fueron las declaraciones francesa y americana del siglo XVIII y las constituciones que las acompañaron: principalmente la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano” (1789) y las constituciones francesas de 1791, 1793 y 1795 y, respecto a los Estados Unidos, la “Declaración de Virginia” (1776), la Constitución federal de 1787, así como las enmiendas de 1791 que incorporaron el *Bill of Rights* a la Constitución federal.

²⁵ SALAZAR, Pedro, voz “Democracia constitucional”, en CARBONELL, M. (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, 2ª ed., México, UNAM-Editorial Porrúa, 2005, p. 630. De esta forma, los derechos individuales no sólo son fundamento del sistema constitucional sino que la garantía de los mismos es la finalidad última del constitucionalismo.

²⁶ También llamada libertad liberal o política, y que Benjamin Constant bautizó como la “libertad de los modernos”. Cfr. CONSTANT, Benjamin, *De la libertad de los antiguos y de los modernos*, México, Partido Revolucionario Institucional, Materiales de cultura y divulgación política clásica, núm. 8, 1988, pp. 1-19.

la división de poderes;²⁷ y en un contexto más contemporáneo, la supremacía, la rigidez y el control constitucionales.²⁸ De esta forma, como señala Riccardo Guastini, la concepción política de la constitución admite las siguientes dos interpretaciones:

1. La concepción (clásica), sugerida por el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789), según la cual la función de toda constitución es la organización, la distribución, y –en último análisis– la limitación del poder político, con el fin de proteger a los ciudadanos;
2. La concepción (moderna o mejor dicho contemporánea) según la cual la función de la constitución es organizar a la sociedad civil (y no sólo a los poderes públicos) y modelar las relaciones sociales (y no sólo las relaciones políticas entre el Estado y los ciudadanos).²⁹

La primera concepción, señala Guastini, implica la idea de que las normas constitucionales sustanciales regulan solamente las relaciones verticales entre el Estado y los ciudadanos, y no las relaciones horizontales entre los ciudadanos; en cambio la concepción contemporánea implica la idea de que la constitución contiene un proyecto detallado de sociedad justa.³⁰ Esta es la razón por la cual dicha concepción hoy en día se encuentra bastante difundida en el pensamiento jurídico occidental. En efecto, la mayoría de las constituciones contemporáneas incluyen, junto a las normas sobre

²⁷ En este sentido, el artículo 16 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (1789) señala: “Toda la sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución.” El texto está disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>>

²⁸ Al respecto véase el excelente estudio de CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, “La democracia constitucional y el control de las reformas constitucionales”, en Astudillo, César y Córdova, Lorenzo, *Reforma y control de la constitución. Implicaciones y límites*, México, IIJ-UNAM, pp. 211-224.

²⁹ GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, IIJ-UNAM-Mínima Trotta, Madrid, 2008, p. 48.

³⁰ *Ibidem*, p. 49.

la organización política del Estado, principios generales y normas programáticas.

Ahora bien, hasta ahora he venido argumentado con respecto a la crisis del positivismo jurídico y de la apertura de la filosofía del derecho a los valores ético-políticos. Y en este sentido, no fue únicamente el debate filosófico respecto de la relación entre derecho y moral lo que disparó una nueva forma de entender el derecho; también jugó un papel determinante el proceso democratizador que siguió a la Segunda Guerra Mundial, y el establecimiento de nuevas Constituciones en el mundo occidental.³¹ En este sentido, para Luigi Ferrajoli, “seguramente, el fenómeno más desconcertante para la cultura jurídica de los años sesenta y setenta es el descubrimiento de la Constitución [...] Justamente por su ajenidad al viejo ordenamiento y por su colocación en el vértice de las fuentes, la Constitución rompe, de hecho, la unidad, la coherencia y la plenitud del sistema jurídico, que constituían los dogmas metateóricos del viejo iuspositivismo”.³² Y continúa el profesor italiano:

El viejo paradigma científico de la dogmática jurídica y de la autonomía del derecho, que en el siglo pasado [s. XIX] había soportado el impacto de la codificación, no pudo, en definitiva, con el de la

³¹ Para decirlo con Pedro Salazar: “Sólo después de la Segunda Guerra Mundial el modelo democrático constitucional cobró forma en muchos países de Europa occidental y se delineó en los Estados Unidos (con múltiples particularidades) para, posteriormente y a finales del siglo XX, retomar bríos y difundirse (en la mayoría de los casos sólo formalmente) en algunos países de Europa del este, Latinoamérica y el sureste asiático”. SALAZAR, Pedro, voz “Democracia constitucional”, *op. cit.*, p. 628. Más adelante me referiré al proceso histórico de la fusión de los ideales liberales con los democráticos.

³² “Entraba de esta forma en crisis la presunción de legitimidad de todo el derecho positivo y la neutralización política del derecho conseguida por el viejo iuspositivismo: el derecho [se entiende ahora como] un sistema artificial e imperfecto de normas heterogéneas, de cada una de las cuales está siempre en cuestión su legitimidad constitucional respecto a los valores políticos incorporados como principios de justicia en la Constitución”. FERRAJOLI, Luigi, *Ensayo sobre la cultura jurídica italiana del siglo XX*, trad. de A. de Cabo, México, IJ-UNAM, 2010, p. 60.

Constitución que, justamente por sus exigentes parámetros axiológicos de validez se coloca en permanente tensión y en virtual antinomia con todo el derecho vigente. Minado en el plano metodológico y fenomenológico desde el punto de vista externo inducido por los estudios de análisis del lenguaje y de sociología del derecho, este paradigma autorreferencial queda, ahora, abiertamente excluido, incluso desde el punto de vista impuesto por la Constitución, que es, al mismo tiempo, interno al derecho, como su criterio normativo de unificación y de invalidación, y también irreductiblemente externo en cuanto que su fundamento axiológico y ético-político.³³

Con relación a esta idea, Carla Faralli considera que la concepción del constitucionalismo como específica teoría del derecho y su distinción del legalismo fue propuesta por Robert Alexy y Ralf Dreier;³⁴ aunque fue Ronald Dworkin, con su concepción del derecho como integridad, quien anticipó la aproximación (o teoría) constitucionalista en lo que puede ser visto como su primera y coherente formulación.³⁵ De acuerdo con la profesora italiana, la concepción dworkiniana del derecho como integridad puede entenderse de acuerdo con los siguientes tres aspectos:

1. La distinción cualitativa, esto es, de estructura, entre reglas y principios. Este dato tiene para Dworkin una dimensión empírica ligada a los procesos de inclusión de los principios en los sistema

³³ *Ibidem*, pp. 60-61.

³⁴ *Cfr.* FARALLI, *op. cit.*, p. 148.

³⁵ Aprovecho para resaltar la pertinencia teórica de distinguir entre las diversas teorías constitucionalistas, que a menudo son confundidas y enmarcadas de manera indistinta en la misma categoría. Tal es el caso, por ejemplo, del neoconstitucionalismo y del garantismo. Ambas aproximaciones teóricas estudian el mismo modelo de organización político-jurídica: el constitucionalismo democrático. Sin embargo, el garantismo es una teoría que debe adscribirse al positivismo jurídico mientras el neoconstitucionalismo (que, en realidad, es una categoría que conjuga diferentes teorías) tiene una tendencia iusnaturalista. Esta diferencia fundamental tiene implicaciones teóricas relevantes y también consecuencias prácticas. Al respecto, consultar: SALAZAR, Pedro, "Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente...", *op. cit.*, pp. 289-310.

jurídicos, así como un aspecto teórico, ligado al problema de la obligatoriedad del derecho; es decir, la presencia de los principios en los sistemas jurídicos manifiesta la dimensión fundacional de la comunidad jurídica, la cual es legítima sólo si expresa, a través de derechos y deberes, la exigencia moral de igual consideración y respeto de sus miembros.

2. En cuanto a los procesos de interpretación y aplicación del derecho, la integridad se traduce en la exigencia de que la decisión judicial sea coherente con los principios y realice el postulado de la igual consideración y respeto. Igualmente importante es la interpretación de los principios en su distinta concepción respecto de una sociedad pluralista. La integridad como coherencia expresa la exigencia de universalización de la decisión, es decir, la de tratar a los casos iguales de modo igual haciendo una valoración de los diversos principios aplicables y de las exigencias del caso, lo que representa la dimensión moral de la evolución del derecho.

3. La posibilidad de una fundamentación relativamente objetiva de las decisiones jurídicas y de los problemas morales a través de la valoración crítica del escepticismo ético y la articulación de una propuesta moderadamente cognoscitiva, ligada a la dimensión argumentativa del discurso jurídico y moral. Esto conduce a la posibilidad de una respuesta correcta a las diversas cuestiones que aparecen en la interpretación de los principios y de los derechos en un marco pluralista.³⁶

La teoría dworkiniana se centra en los derechos de los individuos (*rights based*) y en una concepción constitucional de la democracia, que es vista no como simple deliberación de la mayoría sino como sistema basado sobre principios que expresan la idea de igualdad entendida como *equal concern and respect*.³⁷ En este sentido, es cla-

³⁶ Cfr. FARALLI, *op. cit.*, pp. 149-150. Para llegar a tal respuesta, Dworkin plantea un método (balance) que admita llegar a decisiones fundadas en términos racionales a través del postulado de la coherencia y de la universalización de las decisiones.

³⁷ Cfr. DWORKIN, Ronald, "What is Equality? Part 1: Equality of Welfare", en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 10, núm. 3, 1981, pp. 185-246.

ra la estrecha relación entre la filosofía jurídica de Dworkin y la democracia.

De esta forma, el aspecto principal de las teorías constitucionalistas contemporáneas radica en el reconocimiento de la complejidad de la estructura normativa de los sistemas constitucionales contemporáneos, que viene ligada a la introducción de principios y a la diferencia entre éstos y las reglas. Así, sobre la base del análisis de Robert Alexy es posible caracterizar estas teorías siguiendo tres orientaciones principales:

1. Estas teorías proponen como núcleo la dimensión de la «corrección» (ética) del derecho y afirman su no-reductibilidad en meros términos formales. La conexión entre derecho y moral se argumenta sobre la base del proceso de discusión de los contenidos morales del derecho expresados por los principios y por los derechos inviolables de los individuos.
2. Haciendo balance entre dichos principios se desarrollan nuevas formas de decisiones judiciales, las cuales subrayan la importancia del proceso de aplicación del derecho; en particular en el ámbito judicial, por su importancia fundamental dentro del sistema constitucional.
3. Se evidencia, en el nivel de la estructura político-constitucional, el vínculo del legislador respecto a los principios y a los derechos constitucionales y el rol decisivo de los jueces para su actuación, incluso en contraste con las decisiones legislativas y la ley.³⁸

³⁸ En 1978 fue publicada en Alemania la obra *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* de Robert Alexy, ésta, junto con las obras *Teoría de los derechos fundamentales* (1985) y *Concepto y validez del derecho* (1992), “bien podrían formar un sistema de filosofía no-positivista del derecho... siempre en constante y crítico cambio, pero con una esencia normativa lo suficientemente sólida como para erigirse como un pensamiento dedicado a institucionalizar la razón y la justicia en los Estados democráticos de derecho. Por ello, esta filosofía del derecho, qua sistema de filosofía del derecho, también podría contar como una filosofía de la razón práctica institucionalizada o como una teoría jurídica no-positivista de la justicia”. NAVA TOVAR, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, México, Anthropos-UAM-Iztapalapa, 2015, pp. 1-6.

Ya en este punto –y haciendo referencia a lo que señalaba Ferrajoli respecto de la importante influencia que han tenido los estudios del análisis del lenguaje para la comprensión del constitucionalismo contemporáneo– es necesario resaltar las aportaciones de la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas,³⁹ quien teorizó un cambio de paradigma (el denominado giro comunicativo que caracteriza su pensamiento ulterior y su concepción del derecho) sosteniendo que a través del concepto de razón comunicativa se puede comprender filosóficamente el ámbito de la acción humana y asumir un punto de vista normativo respecto de él.⁴⁰ Para Habermas la comunicación racional debe presidir la justificación de las reglas del razonamiento práctico, además, debe observar ciertos presupuestos como: el aspecto formal de la lógica en la formulación de los argumentos, la comunidad de la lengua empleada o de su traducción, la paridad de los participantes, su responsabilidad moral, así como su disponibilidad a entenderse. Habermas aplicó estas premisas al mundo del derecho, haciendo del principio del discurso el principio de validez del derecho. De esta forma, merecen ser válidas solamente las normas que pudieran encontrar la aprobación de todos los potenciales interesados en la medida en la que éstos participan en discursos racionales.⁴¹

Es así como Habermas introduce en el derecho positivo una moral procedimental despojada de contenidos previamente determinados, a través de un procedimiento de justificación válido para posibles contenidos normativos. El derecho, entonces, puede ser justo sin referencia a determinados contenidos morales. Dicho en

³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1988.

⁴⁰ La razón comunicativa se contrapone a la razón instrumental en cuanto que no pretende indicar qué se debe hacer para obtener un determinado resultado, sino que muestra la vía para identificar consensualmente qué normas pueden disciplinar la acción.

⁴¹ Cfr. HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 6 ed., Madrid, Trotta. 2010.

otras palabras, un principio moral –de entrada, ajeno al derecho– puede hacerse normativo para juzgar la legitimidad del derecho gracias a la posibilidad de avanzar discursivamente con pretensión de legitimación en referencia al fenómeno jurídico.

Así, mientras que el eje central de la teoría de Habermas es el carácter argumentativo de los procedimientos para verificar la aceptabilidad de las normas jurídicas, Alexy considera al discurso jurídico un caso especial del discurso práctico general (*Sonderfallthese*), en tanto que las afirmaciones y decisiones jurídicas no pretenden la absoluta corrección sino sólo que sean correctas a la luz de los presupuestos del ordenamiento jurídico vigente.⁴² Sostiene la existencia de una conexión conceptual y normativamente necesaria entre derecho y moral (*Verbindungsthese*) y señala que los principios representan preceptos de optimización, directrices realizables sólo en parte o en medida variable que reenvían a valores que deben ser realizados en la mayor medida de lo posible.⁴³ Alexy considera a los principios argumentos concurrentes pro o contra una determinada decisión, los cuales se insertan en un esquema de razonamiento más amplio.⁴⁴

Dentro de estos esquemas teóricos encontramos al profesor argentino Carlos Santiago Nino, quien también puede ser considerado uno de los mayores teóricos del constitucionalismo contemporáneo;⁴⁵ de igual forma, su crítica al positivismo jurídico y su tesis

⁴² Cfr. ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2004.

⁴³ La enunciación de un principio equivale a una razón que, *prima facie*, soporta cualquier comportamiento que contribuya a actualizar ese determinado principio; así, los principios se caracterizan por la dimensión de su peso específico más que por su validez. Para determinar su peso, es decir, su alcance efectivo, es necesario el procedimiento del test de balance (ponderación).

⁴⁴ De esta forma la concepción del derecho de Alexy se caracteriza por una apertura estructural al mundo externo de la razón no jurídica (pragmática, ético-política, moral).

⁴⁵ Quepa nuevamente la advertencia de Salazar Ugarte en el sentido de que “cuando se habla del neoconstitucionalismo es menester reparar en las diferencias

sobre la conexión entre derecho y moral pueden ser vistas como dos grandes aportaciones a los estudios ético-jurídicos:

1. A través de lo que llama teorema fundamental de la filosofía del derecho, Nino sostiene que las normas jurídicas no pueden ofrecer una razón suficiente para la justificación de acciones o decisiones si no tienen un fundamento moral, por lo que el derecho positivo sólo puede ser considerado obligatorio si halla respuesta en principios o razones morales. Esta tesis es elaborado en relación a la insuficiencia del positivismo: la consideración del derecho como hecho o como mandato no consigue proveer una explicación de la obligatoriedad si no es a costa de incurrir en la ley de Hume y descuidar la dimensión del contenido del derecho.

2. La conexión entre derecho y moral se materializa en la justificación y en la interpretación del derecho. El fundamento moral del derecho tiene una dimensión procedimental y discursiva, cuya expresión es la decisión del legislador democrático. Para Nino, el derecho producido democráticamente, en cuanto fruto de un procedimiento que se acerca al discurso práctico (visto como libre discusión), puede considerarse obligatorio en cuanto aporta “razones según las cuales las normas prescritas por la autoridad democrática derivan de principios morales válidos y contienen argumentos que justifican decisiones”. Nino desarrolla una concepción deliberativa de la democracia, a la que considera un procedimiento volcado a la construcción de las decisiones sobre la base de un debate racional.⁴⁶

Entonces, se puede decir que para teóricos como R. Dworkin, R. Alexy o C. S. Nino ciertas normas jurídicas no son sólo hechos sino

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... De esta manera, probablemente, autores como Dworkin o R. Alexy no sepan que sus teorías se consideran neoconstitucionalistas en el ámbito de la doctrina constitucional italo/española/latinoamericana, como tampoco lo supo C. Nino, que falleció antes de que el término se acuñara”. SALAZAR, “Garantismo y neoconstitucionalismo...”, *op. cit.*, p. 293.

⁴⁶ *Cfr.* FARALLI, *op. cit.*, pp. 155-156. Carlos S. Nino desarrolla estos aspectos, sobre todo, en su trabajo: *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.

también son valores (por ejemplo, los principios constitucionales), y por lo tanto se alejan del núcleo duro del iuspositivismo, pues dichos valores suponen –en mayor o menor medida– la incorporación de la moral al derecho. En otras palabras, el derecho se justifica si existe un vínculo (mínimo, si se quiere, pero ineludible) entre éste y la moral.

1. GARANTISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO

Hasta el momento se ha venido señalando el papel que jugaron los estudios constitucionales en la configuración del post-positivismo jurídico, así como la inclusión de principios ético-políticos en la Constitución.⁴⁷ Podemos decir que todas las teorías constitucionales que surgieron del mencionado contexto tienen como base el análisis del modelo democrático constitucional, aunque lo abordan de manera distinta.

En términos generales los elementos de este modelo constitucional y democrático son los siguientes: a) la vigencia de constituciones escritas, consideradas como normas supremas y caracterizadas por su

⁴⁷ “De esta innovación en la estructura del derecho y de la democracia se han ofrecido dos interpretaciones diversas, correspondientes, *grosso modo*, a dos diversas concepciones del constitucionalismo y por eso de la democracia constitucional. Por un lado, la anclada en el viejo paradigma positivista, según la cual las constituciones rígidas se habrían limitado a injertar un ulterior nivel normativo, el constitucional, en la estructura en grados del estado legislativo de derecho, sin alterar su sintaxis interna ni por consiguiente sus dimensiones semántica y pragmática. Por otro, la opuesta y que actualmente prevalece, pospositivista y tendencialmente neoiusnaturalista, según la cual los principios ético-políticos de justicia introducidos en las constituciones –objeto de ponderación y no, como las reglas, de aplicación mediante subsunción– habrían restablecido la conexión premoderna entre derecho y moral y puesto fin a la separación entre las dos esferas producida en el derecho moderno, con la afirmación del paradigma positivista”. FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 9-10. Como veremos más adelante, Ferrajoli propone una tercera concepción del constitucionalismo: la garantista.

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, etc.).⁴⁸

El garantismo y el neoconstitucionalismo son dos aproximaciones que comparten el enfoque ideológico y la política constitucional del mencionado modelo. En este orden de ideas, el constitucionalismo moderno representa la materialización político-práctica del proyecto liberal, ambas aproximaciones se construyen desde los pilares del constitucionalismo liberal clásico, es decir, bajo la idea elemental de que los derechos básicos de las personas representan límites al poder político, así como de una vocación bien estarista (orientada al *welfare state*) que se expresa en una concepción de igualdad que se materializa en la propuesta de la constitucionalización de ciertos derechos sociales. Sin embargo, algunas premisas importantes de ambas aproximaciones no deben confundirse.

Así, el neoconstitucionalismo es una corriente donde se conjugan algunas teorías que se ubican dentro del paradigma democrático, pero que no ofrecen una teoría política propiamente relevante, o sea, “tienen una idea más o menos común de lo que sería una sociedad justa pero no despliegan, propiamente, una teoría del poder”.⁴⁹ De acuerdo con Miguel Carbonell, se puede entender al neoconstitucionalismo como una explicación de conjunto respecto de una serie compleja de fenómenos recientes dentro de la teoría y práctica del Estado constitucional contemporáneo. La novedad de

⁴⁸ SALAZAR, P., “Garantismo y neoconstitucionalismo...”, *op. cit.*, pp. 290-291.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 294.

dichos estudios radica en al menos tres distintos niveles de análisis en relación al Estado constitucional de Derecho:

- a) Textos constitucionales.- los estudios neoconstitucionales pretenden interpretar un conjunto de textos constitucionales que no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.
- b) Prácticas jurisprudenciales.- Como consecuencia de este modelo sustantivo de textos constitucionales los jueces deben realizar su función bajo nuevos parámetros interpretativos. Al entrar en juego las técnicas propias de los principios constitucionales, los jueces se van ante la dificultad de trabajar con “valores” que están constitucionalizados y que requieren una tarea hermenéutica que los dote de contenidos normativos concretos.
- c) Desarrollos teóricos novedosos.- los estudios neoconstitucionalistas suponen aportaciones de frontera que contribuyen no solamente a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo. Tal es el caso, por ejemplo, de la enorme influencia de la teoría de los principios y de la técnica de la ponderación de Robert Alexy en las sentencias de algunas cortes constitucionales europeas y latinoamericanas.⁵⁰

Para Carbonell, más allá de “inventar una nueva etiqueta” para identificar estos tres elementos analizados previamente por diversas teorías del derecho, lo novedoso del neoconstitucionalismo radica en el “conjunto”: en el estudio combinado de estos elementos que actualmente comparten coordenadas de tiempo y espacio, de teoría y práctica; así como sus efectos, es decir, la observación del Estado constitucional del presente en funcionamiento.

⁵⁰ CARBONELL, Miguel, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en su obra colectiva *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, IJ-UNAM/Editorial Trotta, 2007, pp. 9-12.

Por otra parte, en algunos países europeos y latinoamericanos ha tomado gran auge la teoría del garantismo de Luigi Ferrajoli,⁵¹ quien ha señalado que la cultura garantista es “la propuesta de un nuevo paradigma tanto del derecho como de la ciencia jurídica: el constitucionalismo que asume como connotación estructural de la democracia, la desviación entre el deber ser y el ser del derecho positivo, es decir, entre sus modelos axiológicos y constitucionales y su práctica efectiva en la legislación y en la jurisdicción, y confía a la ciencia jurídica una función crítica frente al derecho vigente inválido, y de proyección del derecho válido y de sus garantías”.⁵² Además, el garantismo, como teoría constitucional propone una imagen no sólo del derecho, sino también del Estado y de la democracia.⁵³ Como señala el mismo Ferrajoli:

En el plano teórico, el constitucionalismo garantista viene a representar el pleno desarrollo tanto del positivismo jurídico, dado que consiste en la positivización de las mismas opciones a las que el legislador debe ajustarse, como del estado de derecho y de la democracia, puesto que comporta el sometimiento de todo poder, incluso del político y legislativo, a normas formales y sustanciales, dirigidas, en primer término, a limitar y vincular su ejercicio y, en un segundo momento, a censurar o a remover sus violaciones, en garantía de los derechos de todos.⁵⁴

⁵¹ El garantismo es una teoría que nace en el ámbito del derecho penal (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10 ed., Madrid, Trotta, 2011), para después desarrollarse en la obra más acabada del pensamiento ferrajoliano: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 3 t., Madrid, Trotta, 2011).

⁵² FERRAJOLI, Luigi, *Ensayo sobre la cultura jurídica italiana del siglo XX*, México, IJ-UNAM, 2010, pp. 69-70.

⁵³ “El garantismo es una teoría jurídica pero también tiene aparejada una teoría política (una teoría de la democracia)... es una teoría que observa al derecho desde el balcón del poder y que ofrece una articulación compleja entre ambas dimensiones. Es una teoría positivista y materialista al mismo tiempo, con una vocación utópica”. SALAZAR, Pedro, “Garantismo y neoconstitucionalismo...”, *op. cit.*, p. 294.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos...*, *op. cit.*, p. 10.

Así, una diferencia fundamental entre el garantismo y el neo-constitucionalismo reside en la adopción firme del positivismo metodológico. Desde el plano de la teoría jurídica, el garantismo abandona el positivismo ideológico, pero, desde el punto de vista metodológico, mantiene firme la tesis de la separación entre moral y derecho, es decir, propone un iuspositivismo crítico. Para Ferrajoli, difuminar la tesis de la separación equivale a otorgar una peligrosa discrecionalidad a los jueces constitucionales, y el grave hecho de difuminar el razonamiento jurídico en el universo de la razón práctica.⁵⁵

Además, el constitucionalismo garantista como proyecto político propone “la expansión del constitucionalismo con las garantías que le son inherentes, en cumplimiento de sus prescripciones normativas y a la altura de los nuevos poderes económicos globales, como el principal cometido de la política y como la única alternativa racional a un futuro de desórdenes, violencias, opresiones y desigualdades, y también de involuciones autoritarias y antidemocráticas”.⁵⁶

III. LA NATURALEZA ÉTICA DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

El contractualismo, con su exitosa metáfora del contrato social y su derivación liberal a partir de Locke, constituye un presupuesto común del constitucionalismo contemporáneo. El constitucionalismo representa en cierta medida la materialización político-práctica

⁵⁵ “Esto, a mi parecer, equivale a promover una teoría del Derecho basada en la emergencia y en la excepción y, de hecho, el derrumbe de la normatividad, no sólo de las constituciones sino de la legalidad en cuanto tal. En estas concepciones asoma el signo neopandectístico y realista de un retorno al Derecho premoderno, jurisprudencial y sapiencial, desvinculado a la ley de la voluntad e íntegramente confiado a la «razón práctica», es decir, a la ley de la razón: de una razón, sin embargo, que no es más la del legislador ordinario o constitucional, sino la de los jueces y de los juristas teóricos”. FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *Doxa*, España, núm. 34, 2011, pp. 361.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos...*, *op. cit.*, p. 11.

del proyecto liberal clásico. Asimismo, el pensamiento de Locke en el diseño de mecanismos como la división o separación de los poderes, o en el nivel de las instituciones, constituyen presupuestos compartidos y defendidos por la mayoría de los teóricos constitucionalistas.

De igual forma, el contractualismo rousseauniano tiene una importantísima influencia en el pensamiento constitucionalista actual.⁵⁷ En el sentido contemporáneo, se entiende que la democracia es el poder que ejerce el pueblo para tomar las decisiones colectivas mediante la suma de las “libres decisiones individuales” de los ciudadanos. Así, la libertad de la democracia coincide con el poder que existe sobre uno mismo, con el autogobierno, con la autonomía. Se trata de una libertad positiva (y en este sentido significativamente distinta a la libertad del liberalismo).⁵⁸ En otras palabras, los individuos son más libres positivamente mientras más participan en la formación de las decisiones colectivas. Esta libertad positiva coincide con el principio de la igualdad democrática, entendida como la igualdad en el derecho-poder a participar en la adopción de las decisiones que afectan a todos, y se expresa jurídicamente en los derechos políticos, los cuales constituyen derechos fundamentales para la democracia.

⁵⁷ En este sentido, podemos encontrar las raíces de algunos de los elementos teóricos fundamentales de la democracia en el pensamiento clásico antiguo (a pesar de que grandes pensadores como Platón y, en cierta medida, Aristóteles fueron críticos de esta forma de gobierno), asimismo el ideal democrático reaparece con mayor o menor frecuencia en las etapas históricas subsiguientes; empero la doctrina es unánime al coincidir que la reaparición teórica de la democracia se da en la edad moderna con el *Contrato social* (1762) de J.J. Rousseau. No obstante, la democracia moderna (que sólo surgirá hasta el siglo XX) no reproduce la teoría de Rousseau, retoma algunas de sus concepciones principales.

⁵⁸ En efecto, la libertad positiva llevada a su extremo “abarca cualquier decisión sin contemplar limitación sustancial alguna. No importa el contenido de la decisión sino la “fuente” de la que emana: se tolera el absolutismo, el poder sin límites, si dicho poder es el de (todo) el pueblo”. SALAZAR, Pedro, voz “Democracia constitucional”, en CARBONELL, M. (dir.), *Diccionario de Derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2005, p. 631.

Ahora bien, en algún punto de la historia la democracia como forma de gobierno y el constitucionalismo como forma de estructurar al Estado se fundieron, dando vida a la ficción racional que conocemos como democracia constitucional. Lo anterior no ha sido nada sencillo porque, como se ha visto, la sola idea de Constitución rígida como límite de forma y contenido a las decisiones colectivas es incompatible con el más puro ideal democrático que promueve que las decisiones sean adoptadas con el máximo consenso y el mínimo de imposición. De esta forma, “la tensión entre estos dos sistemas [democracia y Constitución] implica que la realización de cada uno, para permitir la realización del otro, tenga que ser necesariamente parcial... se trata de ideales que son irrealizables a plenitud porque son tiránicos: en su máxima expresión impiden el desarrollo del sistema complementario y, paradójicamente, terminan asfixiándose a sí mismos”.⁵⁹

Fueron los constituyentes norteamericanos quienes al reconocerle a la democracia un valor ambiguo⁶⁰ decidieron establecer una Constitución y después proclamar su Bill of Rights; de esta forma aseguraron los mecanismos necesarios para proteger las libertades fundamentales y los bienes materiales,⁶¹ y fundieron los (hasta entonces incompatibles) ideales de la soberanía popular y del

⁵⁹ *Ibidem*, p. 630. Como advirtió Bobbio, “es improbable que un Estado no liberal pueda asegurar un correcto funcionamiento de la democracia, y por otra parte es poco probable que un Estado no democrático sea capaz de garantizar las libertades fundamentales. La prueba histórica de esta interdependencia está en el hecho de que el Estado liberal y el Estado democrático cuando caen, caen juntos”. BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, 3ª ed., FCE, México, 2007, p. 27.

⁶⁰ Parece que la lección que extrajeron de la revolución francesa fue que la libertad positiva, aunque promueve la igual dignidad de las personas y su autonomía, es una fuerza peligrosa en las manos de una mayoría pobre e ignorante; por lo tanto, antes de distribuir el poder (entre el pueblo), hay que limitarlo.

⁶¹ En efecto, las decisiones de la mayoría fundadas en el principio del autogobierno, llevadas a un extremo pueden aplastar a los derechos fundamentales así como a los derechos de propiedad.

gobierno limitado. La virtud de la constitución norteamericana es que a través de una fórmula lingüística original “limita” la soberanía popular al establecer que fue el mismo pueblo el que “decidió limitarse”.⁶² Los constituyentes norteamericanos entendieron que la democracia sólo es posible cuando descansa en las libertades fundamentales, mismas que permiten que las deliberaciones de los ciudadanos se formen en una atmosfera de libertad como no impedimento. Por consecuencia, los derechos fundamentales (ideales del pensamiento constitucionalista) son presupuestos o precondiciones de la democracia.

Quepa mencionar que tradicionalmente la democracia ha sido entendida en base a un criterio formal.⁶³ La democracia formal se refiere al conjunto de reglas y de instituciones que rigen a un sistema político y que sirven para tomar las decisiones colectivas con el máximo de consenso y con el mínimo de violencia. Los principios que subyacen a la democracia formal o procedimental son, por un lado, la libertad entendida en su sentido positivo y, por el otro, la igualdad de todos los ciudadanos en cuanto a sus derechos políticos. La democracia sustancial por su parte, responde a las preguntas ¿cuáles condiciones? y ¿cuáles contenidos debe tener la decisión colectiva?, en este caso las respuestas dependen de cuál se quiere

⁶² Así, el “Preamble” de la Constitución norteamericana señala: “*We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common Defense, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America*” [las cursivas son mías]. El texto está disponible en: <<http://www.gpoaccess.gov/constitution/>>.

⁶³ Como la concepción bobbiana que señala que: “...por democracia se ha venido entendiendo, cada vez más, un método o un conjunto de reglas de procedimiento para la constitución del gobierno y para la formación de las decisiones políticas (es decir las decisiones vinculantes para toda la comunidad)”. BOBBIO, N., voz “Democracia”, en BOBBIO, N., N. MATTEUCCI y G. PASQUINO., *Diccionario de política*, Siglo XXI Editores, 1983, p. 294. Al criterio formal o procedimental de la democracia se le ha contrapuesto otro, el de democracia sustancial que, sin ser necesariamente contradictorio con aquél, parte de supuestos e incluye contenidos distintos.

que sea el alcance de dicha democracia, y que en última instancia dependen de una mayor o menor igualdad de condiciones (políticas, sociales y culturales). En efecto, la idea de democracia sustancial (también llamada material) se expresa a través de criterios de igualdad que cada régimen adopte, mismos que pueden ser ampliados o reducidos en cuanto a sus destinatarios (es decir, ¿igualdad de quién?) o en cuanto al número (es decir, ¿igualdad en qué cosa?). Así, una interpretación extrema de la democracia sustancial puede traducirse en la demanda de igualdad de todas las condiciones para todos los individuos.⁶⁴

La democracia constitucional es un modelo teórico derivado de la observación empírica de las formas que han adoptado, a partir de la segunda mitad del siglo XX, los sistemas jurídico-políticos de diferentes países del mundo occidental. Dichos sistemas son, por un lado, producto de la evolución histórica de modelos jurídico-políticos originarios, pero, sobre todo, son el “fruto de proyectos para la fundación o refundación de la convivencia”⁶⁵ basados en el respeto de los derechos (civiles, políticos y sociales) fundamentales de los individuos.⁶⁶ Entonces democracia constitucional designa un entero

⁶⁴ Como se señaló antes, existe una diferencia conceptual entre democracia formal y democracia sustancial. El mismo Bobbio señala que se ha denominado sustancial: “...porque hace referencia, prevalecientemente, a ciertos contenidos que son, a su vez, inspirados por ideales característicos del pensamiento tradicionalmente democrático, en primer lugar, el igualitarismo... la democracia formal es, sobre todo, un gobierno del pueblo, la democracia sustancial es, sobre todo, un gobierno para el pueblo... [la democracia sustancial] indica un determinado conjunto de fines, entre los cuales, principalmente, el de la igualdad no sólo jurídica sino también social e incluso económica, independientemente de la consideración de los medios adoptados para lograrlos...”. BOBBIO, Norberto *et al.*, *op. cit.*, pp. 296- 297.

⁶⁵ BOVERO, Michelangelo, “Prefacio. Nuevas reflexiones sobre democracia y constitución”, en SALAZAR, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2006, p. 14.

⁶⁶ En palabras de Luigi Ferrajoli: “una concepción adecuada de democracia debe contener tanto una definición formal, como una dimensión sustancial, la primera referente a las reglas y procedimientos para tomar decisiones y la segunda tiene que

sistema jurídico-político que amalgama o sintetiza dos elementos; una forma de Estado y una forma de gobierno: justamente el Estado constitucional y la forma de gobierno democrática.⁶⁷ Pedro Salazar propone la siguiente definición:

La democracia constitucional es un modelo de organización político-jurídica en el que confluyen diversas tradiciones del pensamiento político moderno y que persigue en un solo momento dos objetivos analíticamente distintos: limitar el poder político y distribuirlo entre los ciudadanos. Detrás de esta doble finalidad reposan los derechos fundamentales –de libertad, políticos y sociales– de los individuos que integran la colectividad política.⁶⁸

En el nuevo paradigma constitucionalista parecen ya inadecuadas las concepciones puramente procedimentales de la democracia como conjuntos de reglas del juego, independientes e indiferentes a los contenidos del juego democrático. La introducción de constituciones rígidas supraordenadas a la legislación ordinaria apoyadas por el mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad, trae aparejada la revisión de los contenidos y de la coherencia de los significados de los principios establecidos en las normas constitucionales. Es aquí donde adquiere relevancia la dimensión sustancial

ver con “el qué” de esas decisiones, lo que supone como un principio del Estado constitucional democrático de derecho un respeto irrestricto y una expansión de los derechos fundamentales”. FERRAJOLI, Luigi, “Sobre la definición de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero”, en *Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas*, IFE, Conferencias magistrales, núm. 13, México, 2001, p. 15.

⁶⁷ Como señala Pedro Salazar: “El primer ideal, el constitucionalismo, se refiere al contenido de las decisiones (al qué cosa es legítimo o no es legítimo decidir); mientras que el segundo, la democracia, da cuenta de la forma con las que las decisiones son adoptadas (de quién y cómo está autorizado para adoptar decisiones legítimas)... [Por lo tanto] la democracia constitucional es quizá la forma de gobierno en la que los vínculos entre la política y el derecho son más estrechos: las normas jurídicas son producto de un poder político que, a su vez, deriva y se encuentra limitado por el derecho”. SALAZAR, P., voz “Democracia constitucional”, *op. cit.*, p. 628).

⁶⁸ SALAZAR, P., *La democracia constitucional...*, *op. cit.*, p. 45.

de la democracia, caracterizada por el establecimiento de límites y vínculos jurídicos de contenido impuestos a los poderes políticos de mayoría. Es lo que Ferrajoli ha llamado *esfera de lo no decidible*, esto es, lo que ninguna mayoría puede válidamente decidir, o sea, la violación o la restricción de los derechos de libertad, y lo que ninguna mayoría puede legítimamente no decidir, es decir, la satisfacción de los derechos sociales constitucionalmente establecidos. El fundamento ético de la democracia constitucional es el respeto al principio de igualdad y a los derechos fundamentales; históricamente desarrollados a partir (y a propósito de la conjugación) de la libertad negativa defendida por la tradición liberal del derecho natural, y de la libertad positiva amparada por el contractualismo democrático.

Para decirlo con palabras de Michelangelo Bovero: la democracia es el régimen de la igualdad política y de la libertad política, asimismo, es el régimen de las libertades y/o de la igualdad social. Y de este modo, son democráticas las reglas constitucionales que promueven los principios de igualdad y libertad políticas, como una forma de autodeterminación colectiva.⁶⁹ Para Bovero la democracia es el resultado de ciertas opciones de valores que son condiciones para crear una forma de convivencia deseable y aceptable. ¿Pero cuáles son los valores (o principios) subyacentes a la democracia constitucional? Bovero acepta que el análisis del universo axiológico de la democracia presenta dificultades de interpretación, aunque hay un mundo de valores (dividido en dos hemisferios) que están en evidente conexión con la democracia y que la convierten en un ideal a perseguir.

Los valores implícitos -también llamados por Bovero, objetivos ideales- son cuatro: tolerancia, no violencia, renovación de la sociedad mediante el debate libre y fraternidad. Además, en este

⁶⁹ Cfr. BOVERO, Michelangelo, “¿Crepúsculo de la democracia?”, en BOVERO, Michelangelo y PAZÉ, Valentina (eds.), *La democracia en nueve lecciones*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 19-21.

hemisferio axiológico también entra la igualdad (entendida como igual dignidad política de todos los individuos) y la libertad positiva (entendida como autonomía, es decir, la capacidad de autodeterminarse políticamente). Los valores explícitos (no comprendidos analíticamente en el concepto de democracia) son: las libertades civiles o negativas (libertad de y libertad como no impedimento). De igual forma, las llamadas por Bobbio cuatro grandes libertades de los modernos: la libertad personal, de opinión, de reunión y de asociación; son valores de la tradición liberal que la democracia asume como propios. Son las precondiciones liberales de la democracia.⁷⁰

Por otra parte, resulta muy interesante que para Bovero algunos derechos fundamentales de las tradiciones socialistas (las dimensiones económico-sociales de la igualdad) representan las precondiciones sociales de las precondiciones liberales de la democracia; por ejemplo: el derecho a la educación pública y gratuita, o el derecho a la información libre y plural.⁷¹ Por lo tanto, si la democracia es el régimen de las libertades y de la igualdad social, entonces en su dimensión ética es la síntesis entre: (1) la libertad política y la igualdad política, (2) las libertades liberales, y (3) la justicia social. Este es el marco de principios éticos sobre los que teóricamente se ha fundado la democracia constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, México, Fontamara, 1992.
- , *El futuro de la democracia*, 3ª ed., FCE, México, 2007.
- BOBBIO, N., MATTEUCCI, N. y PASQUINO, G., *Diccionario de política*, Siglo XXI Editores, 1983.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 22.

⁷¹ *Ibidem*, p. 23-24.

- BOVERO, Michelangelo, “¿Crepúsculo de la democracia?”, en BOVERO, Michelangelo y PAZÉ, Valentina (eds.), *La democracia en nueve lecciones*, Madrid, Trotta, 2014.
- CARBONELL, Miguel (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, 2ª ed., México, UNAM-Editorial Porrúa, 2005.
- CARBONELL, Miguel, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, IIJ-UNAM/Editorial Trotta, 2007.
- CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, *Norberto Bobbio: cuatro interpretaciones*, México, IIJ-UNAM/Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006.
- , “La democracia constitucional y el control de las reformas constitucionales”, en Astudillo, César y Córdova, Lorenzo, *Reforma y control de la constitución. Implicaciones y límites*, México, IIJ-UNAM, 2011.
- DWORKIN, Ronald, “¿Es el derecho un sistema de normas?”, en DWORKIN, Ronald (comp.), *La filosofía del derecho*, 2ª ed., México, FCE, 2014.
- FARALLI, Carla, “La filosofía jurídica actual. De los años setenta a fines del siglo XX”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos/Facultad de Derecho-Universidad Complutense de Madrid, Nueva Época, vol. 3, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi, “Sobre la definición de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero”, en *Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas*, IFE, Conferencias magistrales, núm. 13, México, 2001.
- , *Ensayo sobre la cultura jurídica italiana del siglo XX*, trad. de A. de Cabo, México, IIJ-UNAM, 2010.
- , “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *Doxa*, España, núm. 34, 2011.
- , *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid, Trotta, 2014.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, “Jueces y Derecho en México: una visión desde la filosofía práctica”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXIV, núm. 261, México, Facultad de Derecho-UNAM, enero-junio de 2014.
- GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, IIJ-UNAM-Mínima Trotta, Madrid, 2008.

- NAVA TOVAR, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, México, Anthropos-UAM-Iztapalapa, 2015.
- SALAZAR, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2006.
- , “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción”, en *Doxa*, núm. 34, España, 2011.

