

UN BALUARTE DE LA MODERNIDAD

NOTAS DEFENSIVAS SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA*

Pierluigi Chiassoni

Universidad de Génova

*«Vainement ma raison voulait prendre la barre;
La tempête en jouant déroutait ses efforts,
Et mon âme dansait, dansait, vieille gabarre
Sans mâts, sur une mer monstrueuse et sans bords»*

C. BAUDELAIRE

RESUMEN. El constitucionalismo garantista de FERRAJOLI representa uno de los últimos baluartes de la modernidad en la filosofía jurídica contemporánea. Los argumentos que FERRAJOLI opone al constitucionalismo principialista en lo que atañe al objetivismo y cognoscitividad moral y a la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral pueden ser complementados, brindando el ataque al corazón mismo del enfoque objetivista y conexionalista.

Palabras clave: modernidad, constitucionalismo, objetivismo moral, cognoscitividad moral y no-cognoscitividad moral, separación entre Derecho y moral, conexión necesaria entre Derecho y moral.

ABSTRACT. FERRAJOLI's positivistic constitutionalism (*costituzionalismo garantista*) represents one of the last strongholds of modernity in contemporary jurisprudence. The arguments FERRAJOLI provides against so called neo-constitutionalism (*costituzionalismo principialista*), concerning moral objectivism and cognitivism and the necessary connection between law and morals, may be complemented bringing the attack to the very heart of the objectivist and connectionist outlook.

Keywords: modernity, constitutionalism, moral objectivism, moral cognitivism and non-cognitivism, separation of law and morals, necessary connection between law and morals.

* Fecha de recepción: 10 de enero de 2011. Fecha de aceptación: 7 de febrero de 2011.

1. OPUS PERPETUUM

El ensayo *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista* proporciona una aclaración auténtica de la posición del garantismo de Luigi FERRAJOLI frente al llamado neo-constitucionalismo, dibuja un mapa ligeramente nuevo del pensamiento jurídico contemporáneo, destacando el constitucionalismo garantista, que es iuspositivista, del constitucionalismo principialista, no- o anti-positivista, y constituye por ende otro eslabón en lo que siempre más se parece a un *opus perpetuum*¹.

Comparto la idea de un constitucionalismo de corte iuspositivista. Comparto la idea de que el constitucionalismo no-positivista o anti-positivista represente en algunos de sus rasgos un regreso para la cultura jurídica —aun si, por supuesto, progreso y regreso son dioses misteriosos—. Comparto el no-cognoscitivismo (meta)ético como la separación entre Derecho y moral. Comparto en definitiva todo lo que hace del constitucionalismo garantista de FERRAJOLI una *Rechtsanschauung* modernista: aquí y ahora, uno de los últimos baluartes de la modernidad práctica frente a la contra-modernidad de algunos neo-constitucionalistas, que es a menudo el espejo de misteriosas inclinaciones cuales el deseo de «sentido», la voluntad de «esencias», la búsqueda de la «fundamentación última» u «objetiva» que disuelva el *horror vacui*.

Por supuesto, hay puntos críticos en el constitucionalismo garantista. Su forma de presentación tendría que ser, según me parece, aún más abiertamente normativa, como se conviene a una posición en un debate que se sitúa casi totalmente en el plano de las ideologías jurídicas². El mapa de los constitucionalismos no garantistas tendría que ser más de detalle: ya sea para prevenir el riesgo de delimitar un genérico «*Hic sunt leones*» que oculte diferencias relevantes entre las posturas en juego³; ya sea porque la argumentación *destruens* es más fuerte cuanto más se dirige a posturas precisas de teóricos determinados. Hay también problemas en la delimitación entre constitucionalismo garantista y constitucionalismo principialista⁴. FERRAJOLI pretende destacar

¹ L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, traducción por Nicolás GUZMÁN.

² El mismo FERRAJOLI hace claro que el constitucionalismo garantista, en cuanto «modelo» de ingeniería del Derecho, «teoría del Derecho» y «filosofía y teoría política», «equivale a un proyecto normativo que requiere ser realizado a través de la construcción de garantías idóneas e instituciones de garantía, mediante políticas y leyes de actuación» (L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, cit., § 3).

³ Por ejemplo, NINO parece ser menos que ALEXY, DWORKIN o ZAGREBELSKY, en cuanto positivista metodológico y convencionalista conceptual consiguiente.

⁴ «La primera orientación (el constitucionalismo principialista, ndr) —dice L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, cit., § 1— está caracterizada por la configuración de los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a la subsunción sino, más bien, a la ponderación legislativa y judicial. La segunda orientación (el constitucionalismo garantista, ndr) se caracteriza, en cambio, por una normatividad fuerte, de tipo regulativo, es decir, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías». La visión de los derechos fundamentales como valores o principios ético-políticos es a su vez la base de la crítica, por los principialistas, del positivismo jurídico en cuanto vinculado a la llamada tesis de la separación entre Derecho y moral, entre validez jurídica y justicia ético-normativa.

su posición, particularmente en lo que concierne a los deberes de los jueces en una democracia constitucional, conformándolos a un ideal regulativo de pasividad. Pero cabe preguntarse si su pretensión es acertada: ¿Cómo distinguir, en la práctica diaria de la adjudicación y la luz de las herramientas de la metodología jurídica que todos conocimos, entre el juez principialista y el juez garantista? ¿Dónde pasa el límite, si hay, entre la genuina interpretación garantista del Derecho, por una parte, y su ilegítima creación principialista, por la otra?⁵

Sin embargo, estos problemas serán pasados por alto. Lo que me interesa en el presente artículo es desarrollar una intervención adhesiva a favor del constitucionalismo garantista, añadiendo argumentos para defender su vinculación con la modernidad.

2. ¿QUÉ ES MODERNIDAD?

Todos sabemos qué es modernidad. Me limitaré pues a una evocación en cuatro breves etapas.

1. Según Charles BAUDELAIRE, la modernidad es la capacidad de ver y apreciar lo heroico y poético en el *fluir sin fin*, casual y peligroso, de una realidad que coincide con la experiencia. Es libertad desilusionada que se hace práctica de vida. Es desencanto que apoyándose a sí mismo permite actuar exitosamente, al mismo tiempo respetando y violando la realidad. Es desesperación que la razón vuelve en aceptación tenaz de la suerte, aun cuando ésta asume la forma de un mar tempestuoso y sin amparos⁶.

2. En la misma línea de BAUDELAIRE, pero con más atinencia a la modernidad en el marco de la ética, Eugenio MONTALE —escribe Italo CALVINO—:

«ci parla di un mondo vorticante, spinto da un vento di distruzione, senza un terreno solido dove poggiare i piedi, col solo soccorso d'una morale individuale sospesa sull'orlo dell'abisso [...] Non c'è messaggio di consolazione o d'incoraggiamento in Montale se non si accetta la consapevolezza dell'universo inospite e avaro: è su questa via ardua che il suo discorso continua quello di Leopardi, anche se le loro voci suonano quanto mai diverse [...] Se Leopardi dissolve le consolazioni della filosofia dei Lumi, le proposte di consolazione che vengono offerte a Montale sono quelle degli irrazionalismi contemporanei che egli via via valuta e lascia cadere con una scrollata di spalle, riducendo sempre la superficie della roccia su cui poggiano i suoi piedi, lo scoglio cui s'attacca la sua ostinazione di naufrago»⁷.

Donde la moral individual suspendida al borde del abismo, el escollo estrecho que cada hombre tiene que abarcar con obstinación de naufrago, es la moral de la libertad y autonomía personal, aclarada por una luz tenue que nada tiene y quiere que ver con las lámparas obsecantes de las morales autoritarias o totalitarias (*«lume di chiesa o d'officina / che alimenti / chierico rosso, o nero»*)⁸.

⁵ Para unas aclaraciones sobre este punto, *vid.* más adelante, nota 26.

⁶ M. FOUCAULT, *Qu'est ce que les Lumières?*, www.foucault.info: «La modernité baudelairienne est un exercice où l'extrême attention au réel est confrontée à la pratique d'une liberté qui tout à la fois respecte ce réel et le viole».

⁷ I. CALVINO, «Lo scoglio di Montale», 1981, en *Id.*, *Perché leggere i classici*, Milano, Mondadori, 1995, 241, 243.

⁸ E. MONTALE, «Piccolo testamento», en *Id.*, *La bufera e altro*, Venezia, Neri Pozza, 1956.

3. Immanuel KANT, en *Was ist Aufklärung?*, proporciona su visión de la ilustración, es decir de la modernidad, en los bien conocidos términos de

«la salida del hombre del estado de minoría que él tiene que imputar a sí mismo. Minoría es la incapacidad de servirse del propio intelecto sin la guía de otro. *Imputable* a sí mismo es esta minoría, si no está causada por falta de entendimiento, sino por falta de determinación y de coraje en el hacer uso de su intelecto sin ser guiado por otro. *Sapere aude!* ¡Ten el coraje de servirte de *tu propio* entendimiento! Es ésta la divisa de la ilustración»⁹.

Donde, por supuesto, el *sapere aude!* incluye también el atreverse de ser plenamente conscientes ya sea de lo que nuestro entendimiento no puede alcanzar, como de las inevitables tomas de decisión en las que se ejerce nuestra autonomía moral y se compromete nuestra responsabilidad frente a los demás.

4. Norberto BOBBIO identifica la filosofía moral de la modernidad con un racionalismo ético minimalista:

«Nunca tuve la tentación de substituir la Diosa Razón al Dios de los creyentes. Para mí, nuestra razón no es una luz (*lume*): es una luz pequeñísima (*luminicino*). Pero no tenemos otra para continuar en las tinieblas de las que hemos llegado a las tinieblas hacia las cuales nos vímos»¹⁰.

Al nivel metaético, el racionalismo minimalista de BOBBIO se caracteriza por una postura ontológica subjetivista (no-objetivista, anti-realista: los «universos morales» son universos personales, cuya existencia depende de, y pertenece a, la vida práctica de las personas, con sus invenciones y compromisos) y una postura epistemológica no-cognoscitivista¹¹.

Al nivel ético-descriptivo, es un enfoque pluralista: hay muchos universos morales, que son todos «verdaderos» para las personas que los construyen y adoptan.

Al nivel ético-normativo está comprometido con los principios del liberalismo ético, como el principio de autonomía individual, el principio del respeto de las personas, el principio de tolerancia, el único «propiamente laico», el principio de prudencia moral, el principio de apacibilidad («*mitezza*»), es decir el rechazo programático de la violencia contra cualquiera «que no debe confundirse ni con la aquiescencia, ni con la disposición a rendirse»¹².

⁹ I. KANT, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, 1784, tr. it., «Risposta alla domanda: cos'è l'illuminismo?», en *Id.*, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di N. BOBBIO, L. FIRPO y V. MATHIEU, Torino, Utet, 1956, 141.

¹⁰ N. BOBBIO, «Capire prima di giudicare», en *Id.*, *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Milano, Nuova Pratiche Editrice, 1998, 199: «El hombre no puede no razonar, pero la razón sólo no basta. El seguidor de la sola razón conoce sus límites y el ir más allá le está cerrado».

¹¹ N. BOBBIO, «Pro e contro un'etica laica», en *Id.*, *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, cit., 181.

¹² N. BOBBIO, «Introduzione», en *Id.*, *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, cit., 12; *Id.*, *Elogio della mitezza*, 34 ss. El racionalista minimalista «cerca di intravedere un mondo in cui l'uomo, diventato tanto adulto da giudicare del bene e del male con le sole sue forze (maggiormente nel senso del saggio kantiano sull'Illuminismo), non abbia bisogno, per sapere ciò che deve fare e soprattutto per farlo effettivamente, di altri ammaestramenti da quelli che può ricavare dalla ragione e dall'esperienza» (N. BOBBIO, *Pro e contro un'etica laica*, cit., 181); «dalla constatazione della molteplicità degli universi morali trae la conseguenza della necessità di una pacifica convivenza tra essi» (N. BOBBIO, *Capire prima di giudicare*, cit., 202; sobre el principio de tolerancia, *vid.* también «Tolleranza e verità», en *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, cit., 153 ss., y *Lode della tolleranza*, en N. BOBBIO, *L'utopia capovolta*, Torino, La Stampa, 1990, 140-143); «non sarebbe uomo di ragione se non dubitasse dell'avvento di questo mondo, che, oltretutto, nella nostra età di ferro e di fuoco, gli appare più lontano che mai. Non sarebbe uomo di ragione se fosse tanto sicuro di sé, tanto presuntuoso e spavaldo da preannunciare a voce spiegata

3. ¿PORQUÉ SER MODERNISTAS?

El rasgo distintivo de la modernidad moral se resume, pues, en una racionalidad prudente, consciente de los límites de la razón frente a las pasiones (y los intereses), pero que no toma tales límites como defectos que superar (en cualquier caso sólo aparentemente, con los pseudo-remedios de la metafísica y de la fe) u ocultar, sino, de manera realista, como un aspecto de la condición humana sobre el cual construir planes de vida individuales y colectivos desencantados pero tomados y perseguidos en serio (el heroísmo frente a las contingencias de BAUDELAIRE, el escollo de la moral individual de MONTALE, el atrevimiento de ser mayores de KANT, la luz tenue pero tenaz de la razón de BOBBIO).

En el constitucionalismo garantista, como FERRAJOLI deja patente en toda su obra, la adhesión a la filosofía práctica de la modernidad se manifiesta en la defensa sin compromisos del no-cognoscitivismo (meta)ético y de la separación entre Derecho y moral.

Según FERRAJOLI, tendríamos que rechazar cualquier forma de objetivismo y cognoscitivismo moral: primero, por ser posturas ociosas frente al problema de la defensa y aceptación de una moral; segundo, por ser posturas peligrosas en sus implicaciones prácticas, porque los que poseen una moral (que ellos creen ser) objetiva y un puro objeto de conocimiento, tendrían la inclinación fatal al absolutismo moral, que es la negación de los valores liberales positivizados en las democracias constitucionales¹³.

De manera similar, tendríamos que rechazar cualquier idea de una conexión necesaria entre Derecho (validez) y moral (justicia): primero, por ser una idea, contrariamente a lo que piensan lo neo-constitucionalistas, no necesaria por el hecho de que los principios constitucionales incorporan valores morales; segundo, por ser una idea sospechosa desde un punto de vista práctico, puesto que conduciría, por un lado, a la «falacia iusnaturalista» de hacer depender la validez de las normas positivas de los criterios de una pretendida justicia objetiva y, por otro lado, a la «falacia ético-legalista» de identificar la justicia con la validez (constitucional), borrando en ambos casos la distinción entre deberes jurídicos y deberes morales, entre el punto de vista del Derecho positivo, con sus contenidos ético-políticos contingentes, y el punto de vista externo, crítico y reformador, de la filosofía política y moral¹⁴.

un mondo in cui, per ripetere le parole del poeta più disperato della nostra storia, "e giustizia e pietade altra radice/ avranno allor che non superbe fole"» (N. BOBBIO, *Pro e contro un'etica laica*, cit., 181).

¹³ L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, cit., § 4: «De aquí [del objetivismo y cognoscitivismo ético, ndr] se sigue una concepción del constitucionalismo que, con paradoja, genera el riesgo de acarrear un debilitamiento de éste, precisamente en el plano moral y político. En efecto, más allá de las intenciones de sus defensores, una concepción semejante se resuelve en la transformación del constitucionalismo en una ideología anti-liberal, cuyos valores pretenden imponerse a todos —moralmente, y no sólo jurídicamente— por ser de algún modo "objetivos", "verdaderos" o "reales". Por tanto, el resultado final del cognoscitivismo ético es, de modo inevitable, el absolutismo moral y, consiguientemente, la intolerancia ante las opiniones morales disidentes: si una tesis moral es "verdadera", no es aceptable que no sea compartida por todos e incluso que no sea impuesta a todos en la forma del Derecho, del mismo modo en que no es tolerable que haya quien no comparta que $2 + 2 = 4$. Bajo este aspecto, el objetivismo y el cognoscitivismo moral más coherentes son, sin duda, los expresados por la moral católica».

¹⁴ L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, cit., § 4.

Manuel ATIENZA ha expresamente criticado el constitucionalismo garantista de FERRAJOLI en lo que concierne su filosofía moral, abogando por la necesidad de rechazar el no-cognoscitismo y abarcar una postura más robusta, de corte objetivista¹⁵. Robert ALEXY, según su proyecto iusfilosófico, nos ha proporcionado el ejemplo más sofisticado de defensa de la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral¹⁶.

No me parece que los argumentos que FERRAJOLI ofrece en favor de la modernidad práctica sean plenamente adecuados para contrastar las posiciones de ATIENZA y de ALEXY y, por tanto, poner de relieve la solidez y superior razonabilidad del constitucionalismo positivista¹⁷. Me parece, no obstante, que los argumentos de FERRAJOLI puedan complementarse, al fin de sugerir que no hay alternativa razonable al constitucionalismo positivista. Por lo menos, esto es lo que voy intentar argumentar en los dos apartados siguientes.

4. ¿CUÁL OBJETIVISMO MORAL?

Al final de una crítica abarcante del constitucionalismo de FERRAJOLI, Manuel ATIENZA llega a la conclusión que:

«Lo que se echa en falta en su obra es, sobre todo, una teoría moral que se integre con (y reequilibre) sus planteamientos jurídicos y políticos. En mi opinión, esa teoría moral no tendría que construirse sobre bases absolutistas, pero sí tendría que ser una teoría objetivista de la moral, entre otras cosas porque ésa es la que resulta más coherente con su concepción de los derechos fundamentales y con su visión del Derecho como un instrumento indispensable (puesto que no tenemos otro) para luchar por los valores de la igualdad y de la solidaridad»¹⁸.

Cómo sería, pues, esta teoría de la moral no absolutista, sino objetivista, que faltaría al constitucionalismo positivista de FERRAJOLI? ¿Sería verdaderamente algo que el constitucionalismo positivista ya no posee, según sostiene ATIENZA?

Aparentemente, la teoría moral objetivista a la cual alude ATIENZA se sitúa en el marco del racionalismo ético. Sus tesis básicas parecen ser cuatro, si no me equivoco:

1. *No-verdad*. Los principios y/o los juicios morales no tienen el mismo valor de verdad que los principios o juicios científicos o las afirmaciones sobre hechos determinados (como, por ejemplo: «A las diez de la mañana del 4 de julio de 2010, llovieron ratones amarillos en Monterrojo»).

¹⁵ M. ATIENZA, «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico», en L. FERRAJOLI, J. J. MORESO y M. ATIENZA, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 161 ss.; *Id.*, «Tesis sobre Ferrajoli», en *Doxa*, 31, 2008, 213-216. En la misma línea de ATIENZA, J. J. MORESO, *Antígona como defector. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli*, § IV, en este mismo número, rechaza la tesis ferrajolana de las consecuencias perniciosas del objetivismo moral, defendiendo tal posición como necesaria también al constitucionalismo garantista.

¹⁶ R. ALEXY, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 2002; *Id.*, *El concepto y la naturaleza del Derecho*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.

¹⁷ Además de L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, cit., §§ 2 y 4, *vid.* también *Id.*, «Constitucionalismo y teoría del Derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso», en L. FERRAJOLI, J. J. MORESO y M. ATIENZA, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, cit., 175 ss.

¹⁸ M. ATIENZA, *Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico*, cit., 165.

2. *Fundamentabilidad objetiva*. Los principios y/o los juicios morales poseen, no obstante, la propiedad de ser «fundamentales objetivamente. O, mejor dicho, que unos son objetivamente fundamentales», y pueden ser objetivamente fundamentados o correctos, por lo menos *rebus sic stantibus*, «y otros no. Que existen criterios, *criterios racionales* para considerar a unos como correctos y a otros como incorrectos».

3. *Disposición a la discusión racional y rechazo del emotivismo puro*. «Lo esencial [...] es aceptar que acerca de las cuestiones morales cabe una discusión racional; no exactamente igual a las de carácter científico, pero racional; esto es, que hay criterios objetivos y que [...] nuestros juicios [morales] no son meras proclamaciones de deseos o manifestaciones de emociones».

4. *Error retórico*. El escaso éxito de esta teoría moral depende de un error retórico de los objetivistas morales: «no puede ser que resulte tan difícil hacer ver a los demás algo que, en el fondo, es bastante trivial»¹⁹.

Ahora bien, una ética puede ser racionalista —y entonces, según este enfoque, «objetivista»— en tres formas diferentes.

En primer lugar, si se cree en una *razón substantiva* (fuerte) que nos proporcione un conocimiento objetivo ya sea de los verdaderos principios morales y sus verdaderas conexiones, ya sea de la verdadera esencia o naturaleza de las cosas, de la cual podemos sacar los verdaderos principios morales.

En segundo lugar, si cree en una *razón formal* (débil) con la cual construir criterios (lógicos, retóricos, hermenéuticos, pragmáticos, etc.) para sacar —y controlar— las implicaciones que pueden derivarse de premisas previamente establecidas: premisas que pueden ser el fruto de convenciones, estipulaciones, actos de determinación, albedrío, voluntad, meras preferencias, etcétera.

En tercer, y último, lugar, si cree en una *razón instrumental* (débil) con la cual calcular los efectos de nuestras acciones y formular hipótesis acerca de la conexión entre fines datos y lo que es preciso hacer para alcanzarlos en una cierta medida²⁰.

Aparentemente, el objetivismo ético racional de ATIENZA tiene que descartar la razón substantiva y fuerte, ya sea en cuanto razón que nos proporciona (misteriosamente) un conocimiento inmediato de los verdaderos principios últimos de la moral, ya sea en cuanto facultad que nos abre mágicamente las puertas de la naturaleza de las cosas. Puesto que, en ambos casos, una razón parecida conduce a teorías morales absolutistas.

El objetivismo de ATIENZA, pues, no puede ser sino un objetivismo racional débil, donde la razón tiene el papel de construir y proporcionar argumentos en relación a principios y/o juicios últimos que, a su vez, no pueden ser el fruto sino de compromisos morales últimos, siempre revisables (así como siempre revisables, son, si se me permite la comparación, las disposiciones testamentarias). Se trataría, entonces, de una teoría moral racionalista construida alrededor de un inescapable núcleo emocional, donde rigen las pasiones, los sentimientos, las preferencias morales de cada individuo.

¹⁹ M. ATIENZA, «Cuento de navidad», en *Analisi e diritto* 2009, 2009, 116-117.

²⁰ Para este análisis he disfrutado de N. BOBBIO, «Reason in Law», en *Ratio Juris*, 1, 2, 1988, 97-107.

Pero si las cosas están así, si la razón que, en la teoría defendida por ATIENZA, es garantía de objetividad moral es una razón débil, formal y/o instrumental, y no una razón fuerte y sustantiva, cabe llegar a algunas conclusiones no del todo triviales.

Primero, un objetivismo racional parecido ya está compartido por el constitucionalismo garantista de FERRAJOLI: ¿podríamos acaso negar que la disposición a la discusión racional y la argumentación según criterios de coherencia lógica, claridad, constancia terminológica, atención para las consecuencias prácticas, etc., no sean una parte conspicua del constitucionalismo garantista?

Segundo, en el constitucionalismo garantista esto pasa sin contradicción, puesto que una forma débil de objetivismo racional se sitúa plenamente en el marco de la modernidad práctica abogada por FERRAJOLI.

Tercero, la teoría moral defendida por ATIENZA no es, paradójicamente, tan diferente de la adoptada por FERRAJOLI, de forma que su crítica del no-objetivismo ferrajoliano parece, bajo este perfil, infundada —y su invitación al Círculo de los objetivistas, performativamente infeliz—.

Con todo, sí hay una diferencia que merece ser destacada entre la postura moral de ATIENZA y la de FERRAJOLI. ATIENZA —tal vez por confiar demasiado en la razón o consideraciones estratégicas— parece inclinado a no poner de relieve los límites de la ética objetivista y racionalista que propone, exaltando sin más su pretendida objetividad. En cambio, FERRAJOLI manifiesta sin recelos una visión realista, desilusionada, de los alcances y límites de esta forma débil de racionalismo ético —la única practicable, como ya sostuvo BOBBIO²¹—.

Así, cuando se trate de los valores y de los compromisos morales últimos, la razón bien puede apelar, por ejemplo, a las «lecciones de la historia», esperando que, de una manera por sí decirlo *ostensiva*, nuestros interlocutores lleguen a compartir nuestros valores, cambiando sus previas preferencias últimas. ¿Menosprecias a los derechos humanos? Mira lo que pasa cuando el menosprecio está difundido en una sociedad. Mira, por ejemplo, lo que pasó en *** y lo que pasa ahora en ***. ¿Te parecería bien vivir en un Estado en el cual los derechos fundamentales de las personas son violados impune y difundidamente por los públicos poderes? Considera además que, donde los derechos humanos son menospreciados y violados, cada individuo —y éste podrías ser *tu* mismo o uno de los *tuyos*— está seriamente amenazado...

²¹ L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, cit., § 4: «La alternativa al cognoscitivismo ético, por otra parte, no es en absoluto el puro emotivismo. No debemos confundir el objetivismo y el cognoscitivismo con la argumentación racional: la solución de una cuestión ética o política que argumentamos como racional no es más “verdadera” que la solución opuesta»; *vid.* también el paso en coincidencia con la nota 41. J. J. MORESO, *Antígona como defector. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli*, cit., cita el paso anterior como una confesión de debilidad sin remedio. Pero, a su vez, MORESO no parece proporcionar algún argumento convincente para su pretendida forma más fuerte de objetivismo. Su invocación de la existencia de «mejores criterios» parece apoyada, por un lado, a un argumento *ab absurdo* (deben existir estos «mejores criterios» porque, en caso contrario, nuestra vida moral sería un sinsentido; como decir, debe existir Dios porque, en caso contrario, todo sería permitido, no habría salvación eterna, etc.); por otro lado, a un razonamiento que hace hincapié en un avatar del dilema de Eutifrón. Los mejores criterios —dice MORESO— son identificados por las personas razonables. Ahora bien: ¿un criterio es mejor porque es identificado por las personas razonables, o las personas razonables lo identifican porque es mejor?

En apelaciones semejantes a la historia y a la experiencia —es preciso subrayarlo— no existe alguna confusión de planes, ni pasos ilícitos desde la descripción a la prescripción²². Se usa simplemente la razón débil —la razón de la modernidad— que argumenta, consciente de sus límites, en el mar tempestuoso de los choques de ideologías y visiones del mundo.

5. ¿CONEXIÓN O SEPARACIÓN?

Aun cuando a menudo se habla de la tesis de la separación entre Derecho y moral, cabe dudar de que se trate de una tesis, con un contenido unívoco, y no de una pluralidad de tesis heterogéneas que es preciso identificar cuidadosamente.

Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista aclara este punto, asumiendo una postura positivista ejemplar.

En primer lugar, en sintonía con HART, FERRAJOLI adopta la *tesis empírica de las múltiples conexiones contingentes* entre los sistemas jurídicos positivos, por un lado, y las normas y valores de alguna moral, por el otro: destacando en particular la conexión genética, en lo que concierne a la producción legislativa de normas jurídicas, y la conexión interpretativa, en el marco de la jurisdicción. Desde este punto de vista empírico, FERRAJOLI admite también, con explícita referencia a la postura de ALEXY, que «[i]ncluso el ordenamiento más injusto y criminal contiene, *al menos para su legislador*, una (*subjetiva*) “pretensión de corrección”»²³.

En segundo lugar, como convencionalista y pragmatista conceptual consecuente —en sintonía, podríamos añadir, con UBERTO SCARPELLI y CARLOS S. NINO— FERRAJOLI rechaza el esencialismo conceptual y, por tanto, la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral en cuanto tesis acerca de un pretendido contenido necesario del concepto de Derecho. Aboga en cambio, para razones declaradas de conveniencia epistémica y práctica, a favor de la adopción del concepto positivista de Derecho, que identifica el Derecho con las normas producidas por autoridades (*auctoritas facit legem*) y comporta el rechazo de la concepción iusnaturalista de la validez jurídica, incluso en la versión de la fórmula de RADBRUCH (las leyes injustas en medida extrema no son Derecho)²⁴. De esta forma, FERRAJOLI adopta la variante epistemológica de la llamada tesis de la separación, es decir, la *tesis epistemológica de la separación entre Derecho y moral*, que impone separar el conocimiento empírico del Derecho de su evaluación moral, y formular tal conocimiento mediante un aparato de conceptos moralmente neutrales.

En tercer lugar, al afirmar que en el constitucionalismo garantista «la separación entre las dos esferas [del Derecho y de la moral] resulta confirmada [...] tanto en el

²² Contrariamente a lo expuesto por FERRAJOLI, sostiene M. ATIENZA, *Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico*, cit., 161-162.

²³ L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, cit., § 4, cursivos redaccionales; *Id.*, *Constitucionalismo y teoría del Derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso*, cit., 188: «el Derecho positivo es “el producto de las elecciones ético-políticas de sus operadores”, legisladores, constituyentes, y también jueces, puesto que la jurisdicción «si bien está sometida a la ley, implica unos espacios de discrecionalidad interpretativa que no se pueden suprimir y que inevitablemente deben colmarse con las elecciones de juicios de valor del intérprete».

²⁴ L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, cit., § 4.

plano asertivo de la teoría del Derecho como en el plano axiológico de la filosofía política», parece que FERRAJOLI —para alguien que viera las cosas de manera superficial— defiende tres tesis más en relación con la separación entre Derecho y moral²⁵.

Se trata aquí, es preciso subrayar, de tres tesis prácticas o, en términos más claros, de tres principios —aun si FERRAJOLI hable de «significados» diferentes de «la separación» o del «principio de separación»—.

Los dos primeros son identificados por la teoría jurídica garantista —«como corolario del principio de legalidad» y «en garantía de la sujeción de los jueces sólo a la ley»— en su esfuerzo de reconstrucción imaginativa de los principios que convienen a una democracia constitucional y que, por tanto, desde el punto de vista de una dogmática garantista, tendrían que ser considerados como vigentes, aun si implícitamente, en ellas.

En cambio, el tercer principio es identificado por la filosofía política garantista —como «corolario del liberalismo político» y «en garantía de las libertades fundamentales»— y es ofrecido a la dogmática garantista para que lo invoque en la interpretación y la crítica de concretos ordenamientos constitucionales.

Veámoslos rápidamente, expresándolos en aras de claridad con términos no estrictamente ferrajolanos.

1. *Principio de separación jurisdiccional entre Derecho válido y Derecho justo (rechazo del moralismo jurisdiccional)*: los jueces no deben «derivar» el Derecho válido del Derecho que ellos mismos suponen ser el Derecho justo, aunque lo hagan a la luz de la filosofía política garantista. Deben en cambio preservar una solución de continuidad entre lo que es Derecho válido, por un lado, y lo que es Derecho justo, por el otro. Por supuesto todo esto —como FERRAJOLI abiertamente reconoce— en los límites de lo posible, considerada la inesquivable discrecionalidad conectada a la interpretación de la constitución y de las leyes.

Se trata pues de un principio metodológico, que atañe a la interpretación y aplicación judicial del Derecho y intenta prevenir, en lo posible, lo que podría llamarse *moralismo jurisdiccional* al nivel genético de la creación judicial de Derecho nuevo *sub specie interpretationis*.

Se trata, además, del principio que representa una de las principales diferencias, al nivel ideológico y normativo, entre el constitucionalismo garantista, por un lado, y el constitucionalismo principialista fuerte (o (casi)iusnaturalista) o débil (vinculado con el llamado positivismo jurídico incluyente o incorporacionista), por el otro, puesto que estas dos posturas parecen compartir en cambio la adhesión al principio opuesto, de conexión jurisdiccional entre Derecho válido y Derecho justo²⁶.

²⁵ *Ibid.*, § 3; *Id.*, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 309 y ss.

²⁶ El problema, como señalé antes, es si y como el principio de separación jurisdiccional pueda ser observado de una manera efectiva, si y como sea posible averiguar sus eventuales violaciones. A este propósito, es preciso subrayar que, en el constitucionalismo garantista (L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, cit., § 6), el principio de separación jurisdiccional está complementado por otros principios metodológicos y de ciencia de la legislación, que en su conjunto tendrían que aumentar el «grado de satisfacción» del «ideal regulativo» de una jurisdicción «cognoscitivista». Estos principios pueden ser re-

2. *Principio de separación jurisdiccional entre Derecho justo y Derecho válido (rechazo del legalismo ético jurisdiccional)*: los jueces no deben derivar el Derecho justo del Derecho válido, «aun cuando conforme a la constitución».

Se trata nuevamente de un principio metodológico, que atañe a la interpretación y aplicación judicial del Derecho, aunque especulativa del precedente puesto que trata de prevenir el *legalismo ético jurisdiccional*, es decir la equiparación ciega del Derecho justo al Derecho válido, y esto «en garantía de la autonomía crítica del punto de vista moral externo al Derecho»²⁷.

3. *Principio de separación legislativa entre Derecho y moral (rechazo del moralismo legislativo o legislative enforcement of morals)*: «en garantía de las libertades fundamentales en todo aquello que no produce daño a otros», los legisladores no deben utilizar el «Derecho como instrumento de reforzamiento de la (o sea de una determinada) moral».

En la filosofía garantista de FERRAJOLI estos principios, que representan «un límite al poder de los jueces y a su arbitrio moral» y «un límite al poder de los legisladores y a su injerencia en la vida moral de las personas», son a su vez concretizaciones de un cuarto principio: el *principio ético-político de separación entre Derecho y moral*. Este principio impone el rechazo del moralismo jurídico y del constitucionalismo ético como postura ético-normativa general, y tiene que ser entendido como instrumental a «fundar la primacía» axiológica del «punto de vista moral y político sobre el Derecho [...] como punto de vista de la crítica externa, de la proyección y de la transformación institucional, y también, si la ley es considerada intolerablemente inmoral, como fundamento del deber moral de la desobediencia civil», de forma que inspire las

construidos en la siguiente forma: P1) los jueces no pueden proporcionar protección jurisdiccional a derechos *inventados* por ellos mismos, es decir, que no tengan algún «fundamento en la letra de la Constitución», que sean «carentes de todo anclaje en el texto constitucional, ni siquiera implícito o indirecto» (se trata, pues, de una versión más clara y específica del Principio de separación jurisdiccional); P2) los jueces deben tratar las disposiciones constitucionales que adscriben derechos fundamentales como expresantes principios regulativos o imperativos, es decir, como principios normativamente fuertes, que imponen deberes negativos o positivos al legislador, aunque en formas diferentes (los principios que adscriben derechos sociales siendo regulativos sólo en lo que concierne el *an*, pero directivos en lo que concierne el *quantum* y el *quomodo*) y, sobre esta base, deben proceder a la identificación de las antinomias y de las lagunas estructurales, adoptando los remedios de su competencia; P3) los jueces deben asumir que hay espacio para la ponderación sólo en presencia de principios directivos o en los casos de conflicto entre un principio regulativo y un principio directivo explícito (por ejemplo, el principio de libertad individual y el principio de seguridad, si y sólo si la seguridad está expresamente garantizada en la constitución); P4) los jueces deben asumir que la ponderación no tenga por objeto normas (principios, reglas), como a menudo se sostiene, sino hechos: que consista pues en la evaluación del peso de circunstancias específicas de los casos concretos, al fin de determinar qué principio o regla debe ser aplicado consideradas todas las cosas, haciendo uso de su poder de connotación equitativa de los hechos; P5) los jueces, en los límites impuestos por los principios antes considerados, pueden continuar con la «vieja “interpretación sistemática”, conocida desde siempre y practicada por los juristas, consistente en la interpretación del sentido de una norma a la luz de todas las demás del sistema»; P6) los legisladores, a fin de limitar el margen insuprimible de discrecionalidad interpretativa judicial y en garantía de los principios de separación de los poderes y legalidad de la jurisdicción, deben emplear «una técnica de formulación de las normas legislativas y constitucionales —de las reglas y de los principios, como así también de sus límites y de los límites a sus límites, a su vez enunciados explícitamente— en un lenguaje lo más simple, claro [no valorativo] y preciso posible». El activismo judicial constituye un problema también para un principialista como Robert ALEXY, cuya solución, representada por el «principio de solución diferenciada» parece más aparente que efectiva (R. ALEXY, «The Dual Nature of Law», en *Ratio Juris*, 23, 2010, 179-180).

²⁷ L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, cit., § 3.

acciones de cada miembro de la sociedad de una democracia constitucional, tanto en su vida privada como en la pública²⁸.

Sin negar que los sistemas jurídicos tengan contenidos morales, ni que sean de hecho caracterizados por subjetivas pretensiones de corrección moral por los legisladores, FERRAJOLI, como vimos antes, crítica la tesis de la conexión necesaria entre validez y justicia esencialmente por incurrir en la falacia iusnaturalista y en la falacia ético-legalista.

Sin embargo, un defensor de dicha tesis —por ejemplo, Robert ALEXY— podría contestar: primero, que la pretendida falacia iusnaturalista no es falacia, sino un rasgo esencial de las relaciones entre Derecho y moral que la tesis de la conexión necesaria, correctamente entendida, meritoriamente destaca; segundo, que la tesis de la conexión necesaria, correctamente entendida, pertenece a un enfoque no-positivista incluyente, instanciado por la doctrina y la fórmula de RADBRUCH, que rechaza tanto el no-positivismo excluyente (cualquier defecto moral de una ley perjudica su validez jurídica), como el no-positivismo super-incluyente (ningún defecto moral de una ley perjudica su validez jurídica), lo que coincide en último término con el legalismo-constitucionalismo ético de que habla FERRAJOLI²⁹.

Frente a estas réplicas, la crítica de FERRAJOLI muestra tal vez el límite de no haber hecho un uso pleno de los recursos del enfoque iuspositivista para realizar un ataque al corazón mismo del no-positivismo si bien representado por ALEXY y, en particular, a su tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral.

Naturalmente, aquí no se puede encontrar algún *knock-down argument*, pero merece la pena argumentar un poco más.

La tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral es presentada y defendida por ALEXY como una tesis que reflejaría la doble naturaleza, factual y valorativa (ideal), del Derecho que estaría apoyada, en lo que concierne su pretendida necesidad conceptual, en la tesis y/o «argumento» de la corrección, según lo cual

«tanto los sistemas jurídicos en tanto un todo, como también las normas jurídicas y las decisiones judiciales aisladas *necesariamente* formulan una pretensión de corrección».

que «contiene», al nivel constitucional, una «pretensión» de corrección moral y, más precisamente, «de justicia»³⁰.

La tesis de la conexión necesaria y el argumento de la (pretensión necesaria de) corrección han sido criticados por muchos iusfilósofos³¹. No voy a repetir sus argu-

²⁸ *Ibid.*, § 4, texto en relación a la nota 42.

²⁹ R. ALEXY, *El concepto y la naturaleza del Derecho*, cit., 81 y ss.; *Id.*, *The Dual Nature of Law*, cit., 176-177.

³⁰ R. ALEXY, «La crítica de Bulygin al argumento de la corrección», 1997, en R. ALEXY y E. BULYGIN, *La pretensión de corrección del Derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre Derecho y moral*, cit., 70; *Id.*, *Sobre la tesis de una conexión necesaria entre Derecho y moral: la crítica de Bulygin*, cit., 114; *Id.*, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1994, tr. eng., *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 20-23, 31-38.

³¹ *Vid.*, por ejemplo, E. BULYGIN, *Alexy y el argumento de la corrección*, 1993, e *Id.*, «La tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el Derecho y la moral», 2000, en R. ALEXY y E. BULYGIN, *La pretensión de corrección del Derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre Derecho y moral*, traducción e introducción de P. GAIDO, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, 41-51, 85-93; J. RAZ, *The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism*, 2007, en *Id.*, *The Authority of Law. Essays on Law and*

mentos. Aunque, en cambio, voy a delinear tres argumentos más: un argumento parasitario, un argumento alexyano, un argumento del convencionalismo conceptual.

ALEXY articula su argumento de la corrección en dos pasos. El primer paso consiste en poner de relieve la *absurdidad* de ciertas disposiciones constitucionales. El segundo paso consiste en sostener que se trataría de una absurdidad *conceptual*.

El argumento parasitario y el argumento alexyano apuntan al primer paso del argumento de la corrección; el argumento del convencionalismo conceptual apunta, en cambio, al segundo paso y al concepto dual de Derecho en cuanto concepto que ALEXY proporciona con pretensiones de exclusividad.

5.1. Argumento parasitario

Llamo a este argumento «parasitario» porque disfruta de una reacción crítica previamente asumida frente al argumento de ALEXY.

ALEXY aduce como prueba capital de la pretensión necesaria de corrección el hecho, que él considera evidente, de la *absurdidad* —aparentemente, en forma de infelicidad pragmática— de disposiciones constitucionales como, por ejemplo,

- (1) X es una república soberana, federal e injusta
- (2) X es un Estado justo

puesto que la primera sería performativamente contradictoria, la segunda performativamente redundante³².

BULYGIN contesta no ver tal absurdidad: no ver, más precisamente, ni una contradicción performativa en la primera disposición, sino tal vez su contingente inoportunidad política; ni una redundancia performativa en la segunda disposición, sino en cambio la posibilidad que, lejos de ser inútil, sea en algún contexto institucional políticamente muy oportuna.

Más allá de su contenido, la reacción crítica de BULYGIN, en cuanto reacción totalmente razonable, es prueba de que la pretendida absurdidad de las dos disposiciones, como ocurre a menudo con muchas otras pretendidas absurdidades, no es evidente para nada. Esto sugiere, a su vez, que una tal absurdidad es evidente si, y sólo si, *ya* hemos aceptado la tesis de la corrección y el concepto de Derecho con ella vinculado³³. En este caso, sin embargo, los dos enunciados constitucionales no proporcionan alguna prueba independiente a favor de la pretensión necesaria de corrección, y toda la argumentación de ALEXY, que en ellos se funda, se revela viciada por una *petitio principii*; es, en suma, una pseudo-argumentación. Pero si las cosas están así, las consecuencias

Morality, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, 313-335, donde se sostiene que el argumento de la corrección es un argumento formal universal, que sólo nos dice, si aceptamos sus premisas, que cualquier acto intencional está acompañado por una pretensión de corrección, de forma que para sostener que el Derecho se caracteriza por una pretensión de corrección moral es preciso introducir otros argumentos.

³² «Es difícil negar que este artículo [(1), ndr] sea de alguna manera absurdo» (R. ALEXY, *El concepto y la naturaleza del Derecho*, cit., 46; *Id.*, *The Dual Nature of Law*, cit., 169).

³³ Siendo, por ejemplo, «participantes» así como entendidos estipulativamente por ALEXY. R. ALEXY, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, cit., 25.

para la teoría de ALEXY son devastadoras. El argumento de la corrección es el pilar fundamental de toda la construcción alexyana³⁴. Si éste titubea, titubea todo.

5.2. Argumento alexyano

Llamo a este argumento «alexiano» porque, en fuerza de una inopinada heterogénesis de los fines, es el mismo ALEXY que lo sugiere *contra se ipsum*.

Uno de los argumentos empleados por BULYGIN para criticar la tesis de la pretensión necesaria de corrección duda que los enunciados utilizados por ALEXY como ejemplos de normas constitucionales evidentemente absurdas —los (1) y (2) de arriba— sean en efecto *normas* y no, más acertadamente, declaraciones políticas³⁵.

En su réplica, ALEXY sostiene que la crítica de BULYGIN está equivocada porque, a menudo, enunciados constitucionales de la misma forma son interpretados y utilizados por jueces, juristas y legisladores como formulaciones de principios constitucionales imperativos. Por ejemplo, en Alemania no hay duda de que, con el art. 20, párrafo 1, de la Constitución (*GG*),

«La República Federal Alemana es un Estado federal democrático y social»
se establecen

«cuatro principios constitucionales: el de la república, el de la democracia, el del Estado social y el del Estado federal [...] Los principios constitucionales se pueden dirigir a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Al Legislativo le pueden prohibir aprobar determinadas leyes. Es así como el principio de la república prohíbe la introducción de una monarquía, el principio del Estado social la derogación de cada ayuda social»³⁶.

Volvemos ahora al primer ejemplo de disposición constitucional que ALEXY presenta como evidentemente absurda:

(1) X es una república soberana, federal e injusta.

ALEXY nos dice que se trata, en hipótesis, de una disposición adoptada por una minoría que disfruta y oprime a la mayoría, quiere continuar a disfrutarla y oprimirla, pero «también quiere ser honesta»³⁷.

Ahora bien, aplicando el mismo enfoque interpretativo empleado por ALEXY al respecto del art. 20 *GG*, cabe concluir que una tal disposición expresa tres principios: el principio republicano, el principio federalista y el principio de injusticia. El primer principio prohíbe la introducción de una monarquía; el segundo principio prohíbe la instauración de un Estado centralizado; el tercer principio prohíbe la emanación de leyes y otras medidas que tengan el efecto de aliviar la opresión y disminuir la explotación padecidas por la mayoría.

³⁴ «Si la tesis de la pretensión de corrección es verdadera, el antipositivismo cuenta con un punto arquimediano, que aumenta considerablemente el poder de los argumentos normativos a favor del antipositivismo, y en contra del positivismo» (R. ALEXY, *Sobre la tesis de una conexión necesaria entre Derecho y moral: la crítica de Bulygin*, cit., 96).

³⁵ E. BULYGIN, *Alexy y el argumento de la corrección*, cit., 48.

³⁶ R. ALEXY, *La crítica de Bulygin al argumento de la corrección*, cit., 76.

³⁷ R. ALEXY, *Sobre la tesis de una conexión necesaria entre Derecho y moral: la crítica de Bulygin*, cit., 98.

Por supuesto, podemos considerar el principio de injusticia como gravemente immoral y su formulación como un acto no ya de honestidad, sino de arrogancia. Sin embargo, no cabe necesariamente ver en ello algo evidentemente absurdo —y, en su contexto, no lo es para nada³⁸—.

No hay en efecto nada de absurdo —pero sí de lamentable, escandaloso, intolerable, horroroso, etc.— en la declaración de injusticia de un sistema jurídico, puesto que la injusticia (así como entendida por ALEXY) fue a menudo, y es todavía, un principio jurídico vigente en las constituciones.

El argumento alexyano sugiere por tanto la misma conclusión del argumento parasitario: la absurdidad de que habla ALEXY, lejos de ser de una evidencia incontestable y funcionar así como argumento a favor de la pretensión necesaria de corrección, no existe sino *in the eye of the believer*.

5.3. Argumento del convencionalismo conceptual

El iuspositivismo, en cuanto filosofía empirista, se conecta entre otras cosas al convencionalismo conceptual y rechaza el esencialismo conceptual, adoptado a menudo por los enfoques no-empiristas.

Según el convencionalismo conceptual:

- a) Los conceptos son o bien usuales, o bien estipulativos: *tertium non datur*.
- b) Los primeros corresponden a los usos lingüísticos observables en una comunidad y son, en relación a ellos, verdaderos o falsos; los segundos son en cambio el fruto de opciones discretas por agentes determinados y no son, por tanto, ni verdaderos ni falsos.
- c) No hay autonomía respecto del conceptual, ya sean bien objetivos, intentos, exigencias teóricas o epistémicas, que atañen al conocimiento, bien objetivos, intentos, exigencias prácticas, que atañen a lo que debemos o podemos hacer, o bien objetivos, intentos, exigencias de otros tipos (estéticas, literarias, religiosas, etc.). Cada concepto, en cuanto herramienta intelectual, siempre pertenece a un marco determinado (teórico, práctico, estético, etc.) y logra su justificación —que es una justificación pragmática o instrumental— a la luz de ello.

Según el esencialismo conceptual, en cambio:

- a') Hay tres tipos de conceptos: los conceptos usuales, los conceptos naturales, los conceptos estipulativos.
- b') Los conceptos naturales son verdaderos a la luz de la verdadera naturaleza de las cosas, de sus propiedades necesarias o esenciales.

³⁸ El argumento alexyano tiene otra consecuencia negativa para su autor, que merece la pena señalar. Dice ALEXY de los participantes: «When [...] participants [...] adduce arguments for or against certain contents of the legal system, they refer in the end to how a judge would have to decide if he wanted to decide correctly» (R. ALEXY, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, cit., 25). Ahora bien, no hay duda de que, en el Estado X, la corrección sustancial de las decisiones judiciales equivale a injusticia, de forma que la pretensión de corrección jurisdiccional consiste en una pretensión de (mantener la) injusticia al nivel de las sentencias, conforme al principio constitucional de injusticia. Lo que, nuevamente, no da lugar a alguna evidente absurdidad.

c') Hay una autonomía respecto del conceptual, que coincide con el universo de los conceptos naturales en cuanto reflejos de la verdadera naturaleza de las cosas.

Desde el punto de vista empirista, por supuesto, no se puede demostrar la superioridad del empirismo sobre el no-empirismo. Lo que sin embargo sí se puede hacer es mostrar cuál sean las vías alternativas que corresponden a los dos enfoques, de forma que quien se ponga por el uno o el otro camino tenga una clara idea de lo que su opción comporta.

La diferencia capital entre las dos vías parece consistir en esto: el empirismo es radical; el no-empirismo es, si se me pasa la expresión, superfetacional. En el empirismo radica nuestro conocimiento y nuestras acciones en la experiencia; el no-empirismo tiene en cambio la inclinación a ir más allá de la realidad empírica, a sobreponer a ella entidades y propiedades ficcionales y superfluas.

Esto es lo que parece pasar precisamente con el esencialismo conceptual. La idea de que hay conceptos que sólo tenemos que descubrir, y que reflejarían la verdadera naturaleza de las cosas, sus propiedades necesarias o esenciales, es una ficción superfetativa.

Ahora bien: la argumentación de ALEXY a favor de la tesis de la pretensión necesaria de corrección, por un lado, y de su concepto de Derecho, por el otro, parece comprometida con un esencialismo conceptual que, como veremos pronto, presenta rasgos sospechosos³⁹.

5.4. Esencialismo conceptual y pretensión de corrección

El segundo paso del argumento alexyano de la corrección consiste —como dije— en sostener que la absurdidad de ciertas disposiciones constitucionales es *conceptual*: que depende del concepto mismo de emanación de la constitución de un ordenamiento jurídico.

¿Cómo llega ALEXY a tal conclusión? Aparentemente, mediante un argumento de la forma «qué otra cosa» (*Was-denn-sonst-Schluss*), descartando progresivamente otras posibles deficiencias de dichas disposiciones. Descartando, en primer lugar, que se trate sólo de una deficiencia *técnica*, es decir de un caso de irracionalidad medios a fines; en segundo lugar, que se trate sólo de una deficiencia *moral*, es decir de la violación de pautas de una moral sustancial asumida como criterio de evaluación; en tercer lugar, que se trate sólo de una deficiencia *convencional*, es decir de la violación de las reglas aprobadas por un determinado grupo social acerca de la producción de disposiciones constitucionales. Aislando y expulsando progresivamente la dimensión técnica, moral y convencional —sostiene ALEXY— queda todavía la absurdidad, que entonces no puede ser sino *conceptual*⁴⁰.

El argumento no convence.

Si aceptamos el convencionalismo conceptual, tenemos que negar la autonomía del conceptual que, en cambio, ALEXY parece asumir. Esto quiere decir que el concep-

³⁹ R. ALEXY, *El concepto y la naturaleza del Derecho*, cit., 87-88, 90.

⁴⁰ R. ALEXY, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, cit., 35-38; *Id.*, *La crítica de Bulygin al argumento de la corrección*, cit., 70-73; *Id.*, *El concepto y la naturaleza del Derecho*, cit., 62-65.

to de emanación de una constitución no puede ser sino un concepto o bien usual, o bien estipulativo, en cada caso con un contenido contingente; en el marco de la moral social y/o de una cualquier moral crítica; relevado por lexicógrafos o elaborado por juristas, iusfilósofos, filósofos morales, filósofos políticos, legisladores, etc., en contextos y discursos determinados y en vista de fines determinados. Por tanto, la pretendida absurdidad conceptual de una disposición como (1) no es algo de independiente ya sea de convenciones lingüísticas, bien de doctrinas morales, construcciones jurídicas, filosofías políticas, etc.; no representa en sí *otra* dimensión respecto de las demás (técnica, moral, convencional, etc.), sino que es una dimensión transversal, al interior de cada una de éstas.

Tenemos buenas razones para aceptar el convencionalismo conceptual.

La absurdidad de (1), afirma ALEXY, surge de la contradicción entre el contenido de dicha disposición y «las presuposiciones *necesarias* de su actuación»; surge, en otras palabras, de la violación «de las reglas que son constitutivas» de tal acto de habla, de las reglas constitutivas necesarias «de las expresiones lingüísticas *qua* acciones»⁴¹.

Sin embargo, la emanación de una constitución, aun en cuanto acto de habla, es un acto institucional en el marco de una sociedad política; como la historia y la experiencia sugieren, los actos institucionales, y sus reglas constitutivas, son creaciones sociales contingentes, de forma que la promulgación de una constitución tiene entre sus condiciones de felicidad performativa la de no contravenir a la pretensión de corrección moral si, y sólo si, contingentemente, sus reglas constitutivas incluyen tal condición.

Es preciso observar que, al prevenir esta forma de objeción, ALEXY afirma que «[l]a regla que es violada es algo más que una mera convención, porque no puede ser mutada tampoco en presencia de mutadas circunstancias y preferencias»⁴².

Pero su réplica es débil: por un lado, se limita a afirmar sin más que las reglas de que se trata no son contingentes sino, en algún sentido no esclarecido y misterioso, necesarias; por otro lado, instancia una postura parecida a la de los redactores del art. 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, según lo cual: «Cada sociedad, en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de los poderes determinada, no tiene constitución». Pero ésta es una postura que, frente a los diferentes usos morales, políticos y jurídicos de «constitución», muestra de una manera tajante el carácter convencional y contingente del concepto.

Tras las apariencias, la argumentación de ALEXY se limita en efecto a *repetir* que los sistemas jurídicos son sistemas que formulan necesariamente una pretensión de corrección «que comprende una pretensión de justicia» y, por tanto, la emanación de una disposición como (1) no viola reglas constitutivas contingentes, sino necesarias. Toda su argumentación consiste, pues, en la repetición de *su* concepto de Derecho. De

⁴¹ R. ALEXY, «Sobre la tesis de una conexión necesaria entre Derecho y moral: la crítica de Bulygin», 2000, en R. ALEXY y E. BULYGIN, *La pretensión de corrección del Derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre Derecho y moral*, cit., 98-99; *Id.*, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, cit., 37, cursivo redaccional.

⁴² R. ALEXY, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, cit., 37, donde dice también: «Rather, it is an essential element in the practice of framing a constitution, a point made clear by the redundancy, in a constitution, of an article like: (2) *X is a just state*». Sobre este último argumento, *vid.* arriba, § 5.1.

forma que la tesis alexyana de la pretensión necesaria de corrección parece nuevamente, también desde este punto de vista, una *petitio principii*.

5.5. Esencialismo conceptual y concepto dual de Derecho

Hay en verdad pasos en los cuales ALEXY parece admitir la debilidad del argumento de la corrección y proporcionar otro argumento a favor de tesis de la conexión necesaria y del concepto dual de Derecho.

«Puede argumentarse que esta maquinaria no es suficiente para probar la necesidad de la pretensión de corrección en el Derecho. *El error conceptual y, con él, el absurdo [no] sería inevitable. Sólo se necesita renunciar a la pretensión de corrección. Es bien cierto que esto implicaría un cambio radical en la práctica actual y en lo que el Derecho significa en el presente, pero un cambio semejante es posible. Para ello sólo tiene que entenderse el Derecho y todas sus ramificaciones como expresiones del poder, de la voluntad y de la decisión. De esta manera, la pretensión de corrección sería reemplazada por algo así como una pretensión de poder.*

Esta alternativa esclarece el sentido en el que es necesaria la pretensión de corrección. Renunciar a la pretensión de corrección es abandonar una práctica que se define por las distinciones entre lo correcto y lo incorrecto, lo verdadero y lo falso, lo objetivo y lo subjetivo y lo justo y lo injusto. Incluso la categoría del “deber ser” desaparecería, por cuanto decir que alguien tiene una obligación legal, significa que es correcto que algo debe hacerse. Un “deber ser” que sea más que una expresión de voluntad sólo puede definirse por medio del concepto de corrección [...] En efecto, podría intentar eliminarse, todo junto, la práctica actual constituida por las categorías de la verdad, la corrección, la objetividad y el “deber ser” y sustituirla por una práctica que no estuviera constituida por nada distinto al poder, la emoción, la subjetividad y la voluntad. Sin embargo, *esto sería abandonar el Derecho. Una práctica social que no estuviera constituida por nada distinto al poder, la emoción, la subjetividad y la voluntad no sería un sistema jurídico [...] El precio de abandonar el Derecho sería alto. No sólo se perderían las ventajas de la coordinación social y de la cooperación regulada por el Derecho. Tras renunciar a la pretensión de corrección, nuestro actuar y nuestro hablar serían esencialmente diferentes a lo que son ahora. Los cambios no sólo estarían relacionados con el carácter de nuestra comunidad. También se referirían a nosotros mismos. No seríamos las mismas personas. La práctica definida por la corrección y sus conceptos relativos: objetividad, verdad, y “deber ser”, por tanto, no es sólo una práctica como otras, así como el *Scrabble* es un juego como otros. La decisión entre esta práctica y sus alternativas es una decisión existencial*»⁴³.

¿Cuál es, pues, el argumento de ALEXY? Aparentemente, que hay un solo, verdadero, concepto de Derecho y que éste corresponde a *su* concepto de Derecho.

Así entendido, el argumento parece una nueva *petitio principii*, que reitera la superfluidad esencialista. Sin embargo, el principio de interpretación caritativa sugiere que, para evaluar la fuerza de la postura de ALEXY desde el punto de vista de una

⁴³ R. ALEXY, *El concepto y la naturaleza del Derecho*, cit., 65-66, cursivos redaccionales.

defensa del constitucionalismo garantista, puede ser útil traducirla en términos convencionalistas: proporcionar una lectura convencionalista de ella para ver si acaso, en tal forma, la *Rechtsanschauung* alexyana sería preferible.

En una lectura convencionalista, ALEXY nos ofrece un concepto estipulativo de Derecho, añadiendo que tendríamos que aceptar tal concepto exclusivo de Derecho, ya sea desde un punto de vista teórico, ya sea desde un punto de vista práctico. Desde un punto de vista teórico, tendríamos que aceptarlo porque refleja la «práctica actual», «lo que el Derecho significa en el presente». Desde un punto de vista práctico, tendríamos que aceptarlo porque su rechazo tiene consecuencias existenciales ruinosas: el precio de renunciar a la verdad, objetividad, corrección, justicia, coordinación y cooperación según reglas racionales en nuestra vida social; el precio de vivir y actuar en una «práctica que no estuviera constituida por nada distinto al poder, la emoción, la subjetividad y la voluntad», en un «sistema de fuerza bruta, manipulación y respuesta emocional».

Sin el velo de misterio y sugestión del esencialismo, la posición de ALEXY parece aún más débil que antes.

Por un lado, la justificación teórica del concepto alexyano es débil. Como el mismo ALEXY hace claro, su concepto es, en punto de teoría, un concepto *local*, que se refiere a *nuestra* práctica jurídica, a «lo que el Derecho significa en el presente» para *nosotros* o, mejor dicho, para *quienes*, en las culturas y sistemas jurídicos contemporáneos, compartan los valores de corrección moral, objetividad, etc., de ALEXY. No se trata pues, teóricamente, del concepto de Derecho, sino del concepto de «nuestro» Derecho con todas las advertencias del caso.

Por otro lado, la justificación práctica del concepto alexyano es también débil. Primero: en favor de su concepto de Derecho, ALEXY desarrolla un argumento que, más bien que «existencial», es un *argument from fear*. Lo que, para un defensor de la racionalidad práctica, es sorprendente y paradójico. Segundo: una vez disuelto el encantamiento de las palabras, parece claro que la elección de un *concepto*, aun si se trata de un concepto importante como el concepto de Derecho, no puede tener en sí misma tales consecuencias. Sólo el esencialismo conceptual, con su característica sobreevaluación de los pretendidos conceptos verdaderos, puede explicar tal exageración. Tercero: se puede «renunciar» a incluir en el concepto de Derecho la propiedad clasificatoria de la pretensión necesaria u objetiva de corrección y, al mismo tiempo, ser conscientes de las conexiones contingentes entre Derecho y moral y además abogar, sobre el plano de la filosofía iuspolítica y de la política del Derecho, la instauración de sistemas jurídicos que protejan los mismos valores a los cuales apunta el concepto alexyano. Lo que constituye, precisamente, un rasgo central del constitucionalismo iuspositivista y garantista de FERRAJOLI.

6. EN FORMA DE CONCLUSIÓN

En la defensa de la modernidad del constitucionalismo garantista frente al variado ejército de los contra-modernistas no hay, por supuesto, sino conclusiones modestas, parciales y tentativas.

Las conclusiones a las que llegué en mi peroración adhesiva son dos.

Primero. La acusación de no-objetivismo ético tiene que ser rechazada. El constitucionalismo garantista es en efecto, aun si paradójicamente, una postura objetivista; pero lo es en forma débil, la sola admitida por la ética de la modernidad, que consiste en sostener que hay un espacio para la razón en la ética, que es el espacio de la razón formal y de la razón instrumental. Por esta vía, podríamos también hablar de un cognoscitivismo moral (muy) débil, que no es por supuesto el cognoscitivismo de la tradición iusnaturalista, resumido por la idea del descubrimiento llano y liso de lo que debemos o podemos hacer moralmente, sino es, más modestamente, análisis y aclaración de conceptos y premisas estipulativas en juego, desarrollo y control de consecuencias, cálculo de los efectos de acciones y cursos de acciones, hipótesis sobre relaciones causales.

Segundo. La llamada tesis de la separación entre Derecho y moral —con la cual se suele identificar, y a menudo criticar, el positivismo jurídico— en el constitucionalismo garantista es un conjunto donde hay tesis empíricas, tesis epistemológicas, principios jurídicos y principios ético-políticos. Frente a una tal filosofía de la separación, articulada, sofisticada y radical, la llamada tesis de la conexión necesaria, con su espíritu no-empirista superfetal y su aparato de pseudo-argumentos, se muestra en todo su arcaísmo. Que permanece tal aun si está de moda y goza del favor de pensadores reputados.