

Buscar en toda la colección

Cualquier palabra(s)

Q

BUSCAR

Catálogo en marcha blanca, cualquier inconveniente no dude en [contactarnos.](#) ([contacto](#)).

A- A+ Mi lista 0

Volver

+ Agregar a mi lista

Ortega, Santiago editor (busqueda_resultado?busqueda=Ortega, Santiago&opcionesbusqueda=AUTORES&x=11&y=10&frase_exacta=&alguna_palabras=&sin_palabras=&pagina=1&mindate=+&maxdate=+&sort=+&b=1) | Barberis, Mauro, (busqueda_resultado?busqueda=Barberis, Mauro, &opcionesbusqueda=AUTORES&x=11&y=10&frase_exacta=&alguna_palabras=&sin_palabras=&pagina=1&mindate=+&maxdate=+&sort=+&b=1) | Pozzolo, Susanna (busqueda_resultado?busqueda=Pozzolo, Susanna&opcionesbusqueda=AUTORES&x=11&y=10&frase_exacta=&alguna_palabras=&sin_palabras=&pagina=1&mindate=+&maxdate=+&sort=+&b=1) | Perini, Mario (busqueda_resultado?busqueda=Perini, Mario&opcionesbusqueda=AUTORES&x=11&y=10&frase_exacta=&alguna_palabras=&sin_palabras=&pagina=1&mindate=+&maxdate=+&sort=+&b=1) | Schiavello, Aldo (busqueda_resultado?busqueda=Schiavello, Aldo&opcionesbusqueda=AUTORES&x=11&y=10&frase_exacta=&alguna_palabras=&sin_palabras=&pagina=1&mindate=+&maxdate=+&sort=+&b=1) | Maniaci, Giorgio (busqueda_resultado?busqueda=Maniaci, Giorgio&opcionesbusqueda=AUTORES&x=11&y=10&frase_exacta=&alguna_palabras=&sin_palabras=&pagina=1&mindate=+&maxdate=+&sort=+&b=1) | Velluzzi, Vito (busqueda_resultado?busqueda=Velluzzi, Vito&opcionesbusqueda=AUTORES&x=11&y=10&frase_exacta=&alguna_palabras=&sin_palabras=&pagina=1&mindate=+&maxdate=+&sort=+&b=1) | Itzcovich, Giulio, (busqueda_resultado?busqueda=Itzcovich, Giulio, &opcionesbusqueda=AUTORES&x=11&y=10&frase_exacta=&alguna_palabras=&sin_palabras=&pagina=1&mindate=+&maxdate=+&sort=+&b=1) | Comanducci, Paolo, (busqueda_resultado?busqueda=Comanducci, Paolo,&opcionesbusqueda=AUTORES&x=11&y=10&frase_exacta=&alguna_palabras=&sin_palabras=&pagina=1&mindate=+&maxdate=+&sort=+&b=1) | Guastini, Riccardo (busqueda_resultado?busqueda=Guastini, Riccardo&opcionesbusqueda=AUTORES&x=11&y=10&frase_exacta=&alguna_palabras=&sin_palabras=&pagina=1&mindate=+&maxdate=+&sort=+&b=1) | Moreso, Josep J. (busqueda_resultado?busqueda=Moreso, Josep J.&opcionesbusqueda=AUTORES&x=11&y=10&frase_exacta=&alguna_palabras=&sin_palabras=&pagina=1&mindate=+&maxdate=+&sort=+&b=1)

¿Existe el neoconstitucionalismo? : razones, debates y argumentos

Lima : Jurista Editores, 2013.
Descripción: 628 páginas ; 24 cm.
ISBN: 9786124184017

Sobre el autor
Tabla de contenidos
¿Existe el neoconstitucionalismo? Mauro Barberis
Metacrítica al neoconstitucionalismo : una respuesta a los críticos de "Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico" Susanna Pozzolo
Sobre el "neoconstitucionalismo" de Susanna Pozzolo por Mario Perini

¿Neoconstitucionalismo o neoconstitucionalismos? Aldo Schiavello

Equilibrio reflexivo y discurso racional en la argumentación judicial Giorgio Maniaci

¿Cuál es el rol del equilibrio reflexivo en el razonamiento judicial? : comentarios a la investigación de Giorgio Maniaci por Vito Velluzzi

En búsqueda del equilibrio reflexivo perdido : paradojas e indeterminación de una noción controvertida : (réplica a las observaciones de Vito Velluzzi) por Giorgio Maniaci

Ponderación ad hoc y ponderación definitoria : ponderación "¿racionalmente definitoria?" : ponderación entre principios y teoría de la argumentación jurídica en la obra de Giorgio Maniaci por Giulio Itzcovich

Neoconstitucionalismo ideológico y estado constitucional de derecho Paolo Comanducci

¿Peculiaridades de la interpretación constitucional? Riccardo Guastini

La ciudadela de la moral en la corte de los juristas José Juan Moreso

Sobre neoconstitucionalismo y sus precursores Juan Antonio García Amado

Refutación y defensa del neoconstitucionalismo Carlos Bernal Pulido

Paradigmas y desafíos de la interpretación (neo) constitucional en Iberoamérica Rafael Aguilera Portales y Rogelio López Sánchez

El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho : (el triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil) Luis Roberto Barroso

Positivismo jurídico, convencionalismo e interpretación constitucional Pablo Raúl Bonorino

Principios, ponderación y la separación entre derecho y moral : sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos Giorgio Pino

La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo Santiago Sastre Ariza

Neoconstitucionalismo y garantismo : una distinción de dos aproximaciones al constitucionalismo Pedro Salazar Ugarte.

Temas

Otras referencias

Disponibilidad

Vista Marc

ESTANTERÍA DIGITAL



(<https://www.bcn.cl/estanteriadigital>).



Encuesta

Usuarios salas de lectura

(https://www.bcn.cl/encuesta_sl).

Novedades por tema

[Cs. Sociales. Derecho. Educación. Economía. Política \(detalle_temas?cdu=3&tl=12\)](#)



(<https://www.facebook.com/BCNChile>)



(<https://twitter.com/bcnchile>)

BCN Transparente (<http://transparencia.bcn.cl/>)

Construido por la BCN en Plone, software libre (<http://www.plone.org/>)

Políticas de privacidad (https://www.bcn.cl/ayuda_folder/privacidad)

Mapa del sitio (https://www.bcn.cl/mapa_sitio/)

Ubicación horarios y teléfonos (https://www.bcn.cl/quienes_somos/ubicacion)



(<http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/cl/>)

COLECCIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Y TEORÍA DEL DERECHO

1

¿EXISTE EL NEOCONSTITUCIONALISMO?

RAZONES, DEBATES Y ARGUMENTOS

Mauro Barberis	Juan Antonio García Amado
Susanna Pozzolo	Carlos Bernal Pulido
Mario Perini	Rafael Aguilera Portales
Aldo Schiavella	Rogelio López Sánchez
Giorgio Maniaci	Luis Roberto Barrero
Vito Velluzzi	Pablo Raúl Bonorino
Giulio Itzcovich	Giorgio Pino
Paolo Comanducci	Santiago Sastre Ariza
Riccardo Guastini	Pedro Salazar Ugarte
José Juan Moreso	

DIRECTOR
SANTIAGO ORTEGA



institucionalizado entre el sistema jurídico y el poder comunicativo de la sociedad, es decir, un instrumento cuyos principios garanticen la tutela de la autonomía ciudadana y la autonomía de la voluntad, así como de los Derechos Fundamentales. Ese será el eje de reflexión que se sostenga en los próximos años. Por lo pronto y siguiendo la aguda reflexión de algunos críticos del Neoconstitucionalismo, este ¿realmente existe?

Lima, Abril de 2013

Santiago Ortega

ÍNDICE GENERAL

1.	¿Existe el Neoconstitucionalismo?	23
	Mauro Barberis.	
2.	Metacrítica al neoconstitucionalismo. Una respuesta a los críticos de "Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico".	51
	Susanna Pozzolo.	
3.	Sobre el "neoconstitucionalismo" de Susanna Pozzolo.	81
	Mario Perini.	
4.	¿Neoconstitucionalismo o neoconstitucionalismos?	113
	Aldo Schiavello.	
5.	Equilibrio reflexivo y discurso racional en la argumentación judicial.	133
	Giorgio Maniaci.	
6.	¿Cuál es el rol del equilibrio reflexivo en el razonamiento judicial?	173
	Comentarios a la investigación de Giorgio Maniaci.	
	Vito Velluzzi.	
7.	En búsqueda del equilibrio reflexivo perdido. Paradojas e indeterminación de una noción controvertida (réplica a las observaciones de Vito Velluzzi).	187
	Giorgio Maniaci.	
8.	Ponderación ad hoc y ponderación definitoria. Ponderación "racionalmente definitoria"? Ponderación entre principios y teoría de la argumentación jurídica en la obra de Giorgio Maniaci.	219
	Giulio Itzcovich.	
9.	Neoconstitucionalismo ideológico y Estado constitucional de derecho.	239
	Paolo Comanducci.	

SOBRE EL "NEOCONSTITUCIONALISMO" DE SUSANNA POZZOLO^(*)

MARIO PERINI^()**

^(*) El texto reproduce, con algunas modificaciones, la ponencia leída en ocasión del I Seminario de jóvenes investigadores de Filosofía del derecho con el título de "Teoría del derecho y del razonamiento jurídico", desarrollado en Palermo el 12 de Abril de 2002.

^(**) Doctor de investigación en Justicia Constitucional y tutela internacional de los derechos fundamentales (XIII ciclo); investigador del Departamento de Ciencia Jurídicas, Económicas y de Gobierno de la Università degli Studi di Siena, Via Mattioli 11, 53100

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

La reciente monografía de Sussana Pozzolo^[1], publicada por la serie de "Analisi e diritto" de Giappichelli, es de gran interés para los estudiosos y cultores del derecho positivo, la satisfacción de este interés se ve facilitado por la literatura de orientación analítica de la escuela genovesa – la de Giovanni Tarello, para entendernos – a la cual la autora pertenece. Muchas útiles sugerencias se pueden obtener para el operador jurídico, así como la satisfacción de exigencias científicas, ya que la obra nos da un cuadro de las tendencias jurídicas en boga.

La obra desarrolla temas de gran actualidad en el campo del derecho público, pero no solo en este. Ella quiere ser una reconstrucción sistemática de un modelo teórico que efectivamente resulta muy difuso en el derecho público contemporáneo^[2], pero que hasta ahora había sido examinado solo con referencia a cada una de sus tesis sin haberla recompuesto al interior de un retrato unitario. Es propio del análisis de estos aspectos puntuales que desarrolla la autora para comprobar la existencia de un modelo coherente subyacente. El examen se concentra en particular sobre tres autores: dos iusfilósofos (Carlos Santiago Nino y Robert Alexy) y un iuspublicista, actualmente miembro de la Corte constitucional italiana (Gustavo Zagrebelsky).

[1] S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Torino, Giappichelli, 2001.

[2] Cfr. A. Longo, Valori, principi e Costituzione. Qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base, en "Diritto e società", 2002, pp. 75 – 77 y bibliografía aquí citada.

El modelo teórico que se desarrolla es aquel que la autora denomina "ne Constitucionalismo", para distinguirlo del Constitucionalismo *tout court*, y que se caracteriza por la convicción de la imposibilidad de una aproximación científica al estudio y a la práctica del derecho, por la idea de a superioridad axiológica de la Constitución, por la fundamental relevancia "vestida a los "valores" en los sistemas constitucionales contemporáneos, por la importancia siempre en aumento de los "poderes neutros" – y ante todo el judicial – en la dinámica institucional contemporánea.

La tesis sostenida por la autora mantiene dos aspectos estrictamente conectados entre ellos: por un lado, la oportunidad de conjugar (por el contrario la lógica complementariedad entre^[5]) el método iuspositivista y alguna forma de constitucionalismo que quiera mantener las líneas del garantismo del cual originariamente ha surgido; por el otro, el peligro de que el neoconstitucionalismo, evidenciando instancias extrajurídicas (morales), abandona el método positivista y valorizando la función de los sujetos y operando más allá del circuito democrático que encuentran su legitimación en los conocimientos técnicos de los cuales son depositarios y en las modalidades procedimentales de su acción, pueda evolucionar o sea aplicado de manera antiliberal y antiparlamentarista.

2. EL CONTENIDO DEL LIBRO

El libro parte de tres aspectos específicos que emergen de los escritos de la autora de manera muy distantes por formación, intereses y procedencia. Aunque el examen se concentre, en tanto se relaciona al derecho público italiano, en la obra de Zagrebelsky – con breves incursiones en los estudios de Mortati, Crisafulli, Paladin, Dogliani y Bin –, afecta al lector, que no es especialista en doctrina y jurisprudencia constitucional, en tanto los perfiles analizados y sobre todo sus aplicaciones concretas son profundamente difusas en la cultura iuspublicista contemporánea.

El primer aspecto tratado se relaciona a los "principios", a su difusa utilización por parte de los "neoconstitucionalistas" y a la distinción que de ellos se ha hecho de las reglas (cap. II). El segundo aspecto se relaciona con los modelos de interpretación de los textos jurídicos, y en particular de la Carta constitucional, propios de los neoconstitucionalistas (cap. III). En

especial, se resalta como los autores relacionados a esta doctrina evidencian la imposibilidad o de cualquier modo la inadecuación de una aproximación avalorativa al derecho y en consecuencia consideran más correcta la ponderación – la ponderación, en el lenguaje de la Corte constitucional – respecto a la subsumción y, sin embargo, buscan limitar la discrecionalidad del intérprete, derivada del método adoptado, reconociendo eficacia jurídica vinculante a los valores (principios) contenidos en la Constitución. Por último, la autora examina la idea de Constitución que anima a los exponentes del neoconstitucionalismo y las repercusiones que esta idea tiene sobre las funciones jurisdiccionales (cap. IV). En particular, se resalta como el neoconstitucionalismo tiende a remitir la actuación de los valores constitucionales a los poderes neutrales y, entre todos, al jurisdiccional. Esto último, sin embargo, es aún organizado según los esquemas decimonónicos cuando se estaba convencido de que el juez era "la boca de la ley", con la consecuente y absoluta irresponsabilidad de sus acciones.

Del análisis de estos tres aspectos, la autora reconstruye la existencia de una doctrina unitaria y coherente denominada precisamente neoconstitucionalismo, la cual se haría portadora, en particular, de una teoría (de un conjunto de teorías) de la interpretación y de una teoría (un conjunto de teorías) sobre las fuentes del derecho. Puntos resaltantes de la doctrina que estarían constituidos por^[6]: 1) una noción de Constitución reconducible al "modelo normativo de la Constitución concebida como norma" – según la terminología de Dogliani^[5] – es decir de un conjunto de normas jurídicas positivas y fundamentales respecto a todas las otras normas del ordenamiento. Estas reglas son constitucionales en razón de su específico contenido y no solo por la forma que revisten (cfr. art. 16, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789), su superioridad, es decir, depende del particular valor que expresan^[6]; 2) la presencia en la Constitución no solo de reglas sobre la producción, sino sobre todo de normas que expresan valores, anteriores y de exclusiva pertenencia a la moral^[7]; 3) la Constitución sería, por lo tanto axiológicamente superior a las demás normas^[8] y constituirían el fundamento

[4] *Idem*, pp. 126 – 127.

[5] M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 14 – 15.

[6] S. Pozzolo, *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 24 – 26, 34 y 38.

[7] *Idem*, pp. 61, 147, 155 y 159.

[8] *Idem*, p. 91.

[3] S. Pozzolo, *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 35 y 147.

del ordenamiento jurídico entero^[9]; 4) la invasividad de la Constitución respecto al ordenamiento jurídico entero o, dicho en otros términos, la "constitucionalidad del ordenamiento"^[10]; 5) una distinción cualitativa en sentido fuerte entre reglas y principios – estos últimos expresiones de valores^[11]; 6) la consideración de la Constitución como norma diferente a las otras y por lo tanto de interpretación diferente y por parte del legislador – y por lo tanto los peligros derivados de la democracia mayoritaria – y, por el otro, la discrecionalidad del intérprete^[12]; 8) la centralidad en los ordenamientos jurídicos contemporáneos de la función jurisdiccional a fin de realizar estos últimos objetivos^[13] y la calificación de la Corte constitucional como verdadero soberano, es decir el "gesto del constitucionalismo moderno"^[15].

Según la autora, estas características del neoconstitucionalismo harían dudar de la posibilidad de reconducir esta nueva doctrina en el cauce del constitucionalismo, nacido y desarrollado en función de garantía de las libertades individuales y colectivas (garantismo y pluralismo). El abandono de una perspectiva no cognitivista de la ética y en particular la introducción en el derecho positivo del discurso moral (valores y principios) incitaría a clasificar esta doctrina como una nueva forma de iusnaturalismo. Pero, sobre todo, sería peligrosa y contraproducente la crítica realizada por el neoconstitucionalismo al método positivista, es decir a aquel modo de aproximarse al derecho como si fuese materia de una verdadera y propia "ciencia" la cual requeriría poder distinguir entre conocimiento y objeto de conocimiento, entre discurso normativo y positivismo jurídico [metodológico], sino que lo necesita. En efecto, este, si quiere ser un medio eficaz a los objetivos declarados de limitación del poder y de tutela de la libertad, necesita conocer qué cosa es el derecho

para luego proponer cómo debería ser estratégicamente modificado^[16]. Si se contamina el derecho con la moral – en especial, la universal e individual^[17] – y se excluye la posibilidad de conocer qué cosa "objetivamente" sea el derecho, se está atribuyendo poderes ilimitados al intérprete y se está permitiendo jerarquizar algunos valores sobre otros.

3. ALGUNAS DUDAS

Las sugerencias ofrecidas en la lectura del libro de Pozzolo son muchísimas y parece por lo tanto oportuno comenzar con algunas indicaciones críticas.

3.1. En primer lugar, no puedo compartir una de las principales tesis de fondo del libro de Pozzolo, al menos en la formulación acritica presentada por la autora. La escritora sostiene que el particular aspecto del positivismo, llamado – con terminología adoptada por Bobbio^[18] – "metodológico", no solo sería esencial para el constitucionalismo de matriz garantista, sino lo necesitaría lógicamente. Por tanto, la crítica neoconstitucionalista de esta manera resultaría inoportuna y contraria a los objetivos (garantistas) que el mismo neoconstitucionalismo había perseguido.

Lo que quizá habría merecido una mayor profundización es la acritica aceptación de la posibilidad y de la practicabilidad de una metodología positiva en los términos presentados por Bobbio. Tales convicciones buscan quizá su origen en concepciones del modo de aproximarse al derecho que la misma Pozzolo entiende "paleo – positivistas"^[19], las cuales poco han contribuido a impedir y a comprender la evolución de los ordenamientos jurídicos contemporáneos y que parecen hoy constituir las verdaderas y auténticas "tesis caricaturizadas"^[20].

Las dudas relativas a esta crítica aceptación de la metodología positivista así como a la posibilidad, practicabilidad y utilidad de

[9] Idem, pp. 105 ss.

[10] Idem, cap. IV. En sentido análogo ya se ha mencionado de "panconstitucionalismo" del ordenamiento. A. Longo, *Valori, principi e Costituzione*, cit., p. 134.

[11] S. Pozzolo, *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 134.

[12] Idem, pp. 76 ss., y 100 ss.

[13] Idem, pp. 34, 75 y 81.

[14] Idem, cap. IV.

[15] Idem, p. 104.

[16] Idem, p. 147.

[17] Sobre estos conceptos, cfr., por ejemplo, S. Pozzolo, *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 152 – 159.

[18] N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1979.

[19] S. Pozzolo, *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 142.

[20] Ibidem.

una aproximación "científica" al derecho que requiere estudiarlo de manera avalorativa y descriptiva, ha sido suscitada por exponentes de la misma escuela positivista^[21]. Por ejemplo, ha habido quienes han pensado que "la primera condición [para la refundación de la filosofía analítica italiana] es la renuncia a la ilusión kelseniana y bobbiana, de una teoría "pura" o "formal" del derecho en el sentido de "avalorativa", o bien meramente "descriptiva". Esta idea bobbiana de la avaloratividad de la ciencia jurídica representa un legado, a mi parecer indefendible"^[22].

En general, pero con gran abundancia de argumentos ha sido Uberto Scarpelli quien en 1965 ha dado luces sobre los límites de la metodología positivista. En síntesis "la gran idea de Scarpelli en este libro [*Cos'è il positivismo?*], es simple y de vasto alcance, es su original defensa política del positivismo jurídico. Ella significa una inversión de la habitual defensa "científica" del iuspositivismo, en la forma consolidada del iuspositivismo analítico a los inicios de los años sesenta. Según Scarpelli, el modelo de método jurídico del iuspositivismo, como el establecido por Kelsen, Bobbio y Hart, reproduce de manera bastante fiel a la postura del moderno jurista positivo en su momento cognitivo. Pues bien, según Scarpelli, incluso este modelo de descripción iuspositivista del derecho está comprometido por elecciones ético - políticas. Ello, no obstante, estas elecciones, una vez evidenciadas, son defendibles en el plano ético - político, con argumentos ético - políticos. En otras palabras, para Scarpelli la jurisprudencia moderna de impronta iuspositivista no es una ciencia y está bien que no lo sea"^[23].

- [21] Cfr. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Napoli, ESI, 1997. Con referencia a posiciones parciales o totalmente contrarias al positivismo jurídico, se pueden en cambio recordar: G. Zagrebelsky, *Il diritto nile*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 164 ss.; D. Zolo, *Il principio democratico*, Milano, Feltrinelli, 1996, pp. 41 ss.; P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 2001, el cual sostiene temer "la contaminación - que sería tal - de una noción de la interpretación como actividad puramente lógica y del intérprete como un autónoma sin voluntad y libertad, que constatamos todavía dominante en tantos juristas beatos y paganos, todavía hoy reafirmar entusiastas e inmutables el principio de estricta legalidad y la imagen del iudex como servus legis, que la propia genda jurídica burguesa en dos siglos ha instalado en el horizonte" (p. 163).
- [22] L. Ferrajoli, *Filosofía analítica del derecho e dimensione pragmatica della scienza giuridica*, en L. Gianformaggio - M. Jori (editores), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 361.
- [23] M. Jori, Uberto Scarpelli e il giuspositivismo, en U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 28.

No habría motivo para recordar las tesis de Scarpelli, sino fuese que, con referencia al libro de Pozzolo, parece encontrar la confirmación de que "incluso los filósofos analíticos italianos prestan en el mejor de los casos a las tesis de Scarpelli y al libro en el cual él los expresa, *Cos'è il positivismo giuridico*, el homenaje formal de una mención al pie de página y pasan a otras"^[24]. Ello, obviamente, no significa que las tesis de uno son preferibles a las otras, pero solo a continuación de las convincentes críticas a la metodología positivista expresadas por diversos filósofos que continúan dirigiéndose por el cauce del positivismo jurídico, la aceptación de la metodología requeriría por lo menos de tener en cuenta y de tentar de proveer los argumentos contrarios.

La afirmación en base a la cual la identificación de lo que constituye derecho debe desarrollarse en base a características formales (por ejemplo, la autoridad que emana de las normas) por lo tanto recurrir a elementos extra - jurídicos^[25], se funda sobre una elección de naturaleza extra - jurídica o de cualquier modo metasistemático^[26]. En términos sencillos, me parece poco esclarecedor de una manera u otra comparar el momento fundacional de un ordenamiento en toda formulación iuspositivista (en la *rule of recognition* de Hart, en la base de la *Grundnorm* de Kelsen, etc.), quizá no sobreesalga las elecciones políticas - ideológicas de los partidarios de estas tesis.

Una vez que esta circunstancia ha sido esclarecida, la persuasiva tesis por la cual es posible acercarse al derecho como si fuese científico y por lo tanto apoyando en sus propias ideologías y las propias convicciones, aunque ampliamente justificadas, podría constituir una peligrosa mistificación. En efecto, de esta manera el jurista, por un lado, es irresponsable^[27], sin embargo debido al rol que cumple debería actuar de la manera más transparente posible haciendo evidentes sus elecciones de fondo, por el otro, con toda probabilidad, no hace más que tomar por bueno a lo que

- [24] M. Jori, *Uberto Scarpelli e il giuspositivismo*, cit., o. 25.
- [25] Por ejemplo, S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 144.
- [26] U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., pp. 128 - 129; G. Zagrebelsky, *Il diritto nile*, cit., pp. 200-1; F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, Padova, Cedam, 2000, p. 307.
- [27] Este peligro es evidenciado, por la propia S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 86.

se adhiera con convencimiento, sin decirlo abiertamente, a las elecciones políticas – ideológicas subyacentes al sistema jurídico^[28].

Además, ello significa también un grave daño al mismo “conocimiento” del derecho. En efecto, si el observador, observando los fenómenos que estudia, es influenciado^[29], debería ser muy claro y sobretodo – si quiere ser “imparcial” – poner en evidencia la manera cómo influye sobre esos fenómenos^[30]. Ello no significa que la “ciencia” jurídica pueda ser cultivada solo por militantes de algún tipo de partido político – ideológico, sino que el “rigor científico” exige esclarecer y justificar las propias elecciones de fondo susceptibles de incidir sobre el estudio y sobre la aplicación del derecho^[31].

Tales convicciones podrán también consistir en la corrección y utilidad de una aproximación metodológica positivista al derecho, aunque siempre será necesario justificar las elecciones político – ideológicas que están en la base proporcionando adecuados argumentos contrarios a las críticas dirigidas contra ellas.

Se trata de cosas muy relevantes y debatidas entre los teóricos y filósofos del derecho pero que tienen dificultades para penetrar en la práctica del derecho donde son aun muchos los que dan por descontado que pueda existir un juez “boca de la ley” o que sea posible una aproximación “cientí-

[28] El otras palabras, “la ciencia y la práctica del derecho iuspositivista en su aproximación a un sistema de derecho positivo desde el punto de vista interno suponen la aceptación del principio fundamental del sistema y la aceptación del principio fundamental del sistema dependen de una elección política que pone en juego la conciencia de cada uno de sus valores morales y políticos”, U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 212.

[29] En efecto, ha sido, ressaltado como el objeto de las ciencias sociales, “reacciona a las percepciones de los observadores los cuales de vez en cuando, condicionan sus aportes. Este principio reflexivo debilita las pretensiones de las ciencias sociales de ser “científicas”, no en el sentido más general del término (o bien de “investigación de goberna l' economia mondiale?”), Bologna, Il Mulino, 1996, p. 58.

[30] Cfr. M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Bari, Laterza, 1999, pp. IX-X, 209 ss. y 323 ss.

[31] Siempre utilizando las palabras de Scarpelli, “primero y esenciales condiciones del valor moral y político de una elección, cualquiera que fuese la dirección, y la conciencia, la conciencia de las alternativas: mientras es mala toda posición que implique el enmascaramiento y la naturalización de una elección”, U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 221.

fica” al derecho^[32]. Ello no excluye que estas tesis puedan ser científicamente sostenidas, sino que necesitarán de un amplio aparato justificativo que esté en deuda con las críticas planteadas por sus detractores.

Por tanto, reprochar al neoconstitucionalismo de haber abandonado la metodología positivista – además de las mismas expresiones de los mismos filósofos positivistas – sin proporcionar la perdurante validez científica de la metodología parece resultar una aceptación acrítica de *tuus* “paleo – positivistas”. Pensar que puede existir un juez que sea “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*” parece ser una banalización al igual que sostener la posibilidad de describir el derecho “por lo que es” y no por lo que el observador sostiene (de manera argumentada) que sea.

En definitiva, el neoconstitucionalismo, y pienso sobretodo en la obra de Gustavo Zagrebelsky^[33], ha tenido el gran mérito de divulgar entre los estudiosos del derecho positivo lo que ya desde hace años circulaba entre las filas de los filósofos y en particular entre los iusfilósofos, y en el que no puede existir un observador absolutamente separado del fenómeno que observa, la observación de un fenómeno influye necesariamente sobre el fenómeno mismo.

3.2. Además de la acrítica aceptación del método positivista, otro aspecto del libro de Pozzolo, que quizá hubiese merecido una más difusa reflexión, parece la reconstrucción de los dos modelos contrapuestos: el “positivismo jurídico” y el “neoconstitucionalismo”.

Es sabido que no existe el positivismo jurídico, sino tantos positivismos cuantos exponentes^[34] haya. Incluso queriendo proporcionar una

[32] Se trata en sí de dos aspectos distintos – uno relativo a la metodología positivista, el otro consistente en una tesis de la teoría positivista –, pero que a menudo los aplicadores y la dogmática del derecho – no por los teóricos del derecho, entre los cuales no parece que exista alguien que crea en un juez sea “boca de la ley” – sean compartidos. En efecto, la tesis del juez como mero ejecutor – “poder nulo” – parecería admisible solo admitiendo que el derecho pueda ser conocido de manera avalorativa.

[33] No solo *Il diritto mite*, sino también *La Giustizia costituzionale* así como otras intervenciones en diversas revistas, desde *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione* de 1970 (en “*Giurisprudenza costituzionale*”), a *La dottrina del diritto vivente* de 1986 (siempre en “*Giurisprudenza costituzionale*”).

[34] Por ejemplo, cfr. S. Pozzolo, *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 125 y ss.

definición explicativa^[35] unitaria de esta corriente filosófica es necesario tener en cuenta, según la autora^[36], por lo menos tres aspectos: el positivismo como método, el positivismo como teoría, el positivismo como ideología^[37]. Se trata, al menos según el que ha formulado esta propuesta interpretativa, de aspectos independientes entre ellos; es decir que si pueden haber posiciones que hacen propias las tesis del positivismo metodológico, pero no las del positivismo ideológico y teórico, o bien tesis que acogen los teóricos del positivismo ideológico, pero no aún los del positivismo jurídico, y así sucesivamente. Tomando la tripartición bobiana, Pozzolo debe, por lo tanto, admitir que: a) se puede ser positivistas sin aceptar el método positivista; b) en consecuencia, el rechazo del método positivista de por sí solo no significa la imposibilidad de calificar como positivistas ciertas posiciones doctrinales.

La autora, si en las primeras páginas de su libro parece tener bien claro cuestiones argumentativas y, discutiendo la compatibilidad entre (neo) constitucionalismo y positivismo jurídico, precisa que la referencia es hecha al metodológico^[38], sucesivamente parece hacer coincidir plenamente, sin proporcionar explicación alguna, el método positivista con el positivismo *tout court*^[39]. Una vez juntos los objetivos del libro, la impresión que el lector - aunque fuere un poco apresurado - tiene es que la incompatibilidad entre neoconstitucionalismo y metodología positivista significa la imposibilidad de calificar este nuevo movimiento como positivista, o sino como positivista al menos por algunos de sus aspectos. Por lo tanto, una conclusión parcialmente en contraste con las premisas generales que la autora mencionaba: la posibilidad que una

doctrina pueda ser reducida al positivismo jurídico no significa que se adhiera a todos sus diferentes aspectos.

Pasando al "neoconstitucionalismo", la definición ofrecida por Pozzolo probablemente resulta del todo convencional. La impresión es que se trata de "un objetivo polémico construido ad hoc"^[40] elaborado utilizando tesis provenientes de autores muy distantes entre ellos. No solo no existe autor que sostenga todas las tesis indicadas por la autora tal y como lo expresa el modelo neoconstitucionalista^[41] - ello significaría muy poco, teniendo en cuenta que se trata de la reconstrucción de un modelo teórico -, pero sobre todo esto último, así unitariamente formulado, no es útil para comprender las posiciones de cada autor, produciendo a la inversa, en determinados casos, el efecto de confundir las aguas.

En efecto, según la autora existe incompatibilidad entre neoconstitucionalismo y positivismo jurídico: lo demostraría, por ejemplo, la confusión que existe entre discurso moral y discurso jurídico^[42] y en particular la introducción de la moral entre las fuentes del derecho. Ahora, aunque no quiero desarrollar la obra de exégesis auténtica del pensamiento ajeno, la obra de Zagrebelsky no parece que pueda ser leída como manifestación de una tendencia de este género. Con ello no se quiere sostener que de las páginas de este autor no se deduce un redescubrimiento de algunas posiciones de orientación insnaturalista, pero ello no significa, en absoluto, que sea introducida la moral entre las fuentes del derecho. Los valores de los que habla Zagrebelsky eran morales, en el pasado, pero hoy están positivizados en la Constitución^[43]. Si de moral se quiere hablar se trata de una moral positiva o convencional, pero no de una moral individual o universal^[44]. Se trata, por ello, de estándares morales positivizados que el mismo positivismo decimonónico contenía en el material jurídico de un ordenamiento (por ejemplo, los conceptos de "buena fe", "orden público", etc.).

Lo que algunos neoconstitucionalistas esclarecen es que tales valores aunque positivizados no pueden ser tratados como si fueran reglas jurídicas, sino que necesitamos de una aproximación, precisamente de una

[35] Sobre tales conceptos, cfr., U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., pp. 14 - 16.

[36] S. Pozzolo, *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., por ejemplo, p. 1 y 143 - 144.

[37] Es suficiente, remitirse a N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., en particular pp. 279 y ss. En sentido parcialmente heterogéneo, cfr., U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., en particular, pp. 73 y ss.

[38] Cfr., por ejemplo, S. Pozzolo, *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 9.

[39] Cfr., por ejemplo, ídem, p. 11 (se habla de autores neoconstitucionalistas que forman una comunidad porque "critican el positivismo jurídico"), p. 26 (donde se habla de incompatibilidad entre "constitucionalismo" y "positivismo jurídico"), p. 35 (de nuevo se habla de una contraposición entre neoconstitucionalismo y positivismo jurídico *tout court*) p. 44 y etc. De manera particularmente significativa, la autora afirma que "el Neoconstitucionalismo pretende suprimir todos los aspectos inspositivistas que de diferentes maneras han sido fundamentales para la construcción del Estado de derecho" (*cursivas mías*), ídem, p. 124.

[40] Ídem, p. 85.

[41] Ídem, pp. 126 - 127.

[42] Ídem, pp. 147 ss.

[43] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 155.

[44] Sobre estos conceptos, cfr., ídem, pp. 154 - 159.

metodología, diferente respecto a la del positivismo (metodológico)^[45]. Se regresa al punto de partida: la crítica del neoconstitucionalismo se relaciona sobre todo al método positivista y no al positivismo *tout court*. En el caso analizado, el modelo delineado por Pozzolo parece excesivamente reduccionista y poco útil para tomar las más relevantes implicaciones de las tesis de los estudiosos que la autora misma asume como prototipo del neoconstitucionalismo.

La excesiva simplificación del modelo de neoconstitucionalismo propuesto por Pozzolo, se puede aprovechar también en relación a otras tesis que la misma autora considera central en esta corriente. El neoconstitucionalismo asigna un rol absolutamente central a la Constitución tanto por considerarla como el momento fundacional del sistema jurídico con capacidad de penetrar en cada uno de sus intersticios ("invasividad de la Constitución" o "constitucionalización del ordenamiento")^[46].

La autora sostiene también que el neoconstitucionalismo considera el contenido, la naturaleza de la Constitución como diferente respecto a las otras normas del ordenamiento, con la consecuencia de que la interpretación de la primera tiene una especificidad respecto a las segundas^[47] siendo por lo tanto necesario que esta operación sea atribuida a un órgano *ad hoc*: precisamente a una Corte Constitucional. Tesis de este género han sido desarrolladas en el pasado por el iuspublicismo italiano^[48], pero han sido abandonadas por parte de la doctrina^[49] y sobre todo de la

jurisprudencia^[50]. La invasividad de la Constitución no está (empírica o lógicamente) ligada a la especificidad de la interpretación constitucional y a la reserva de la jurisdicción constitucional. Posiciones que desde mi punto de vista pueden ser reconducidas al neoconstitucionalismo, en el sentido que inmediatamente después precisaré, no admitiendo la especificidad de la interpretación constitucional y cuestionan su aplicación/actuación a todos los operadores jurídicos (a la Corte Constitucional, a los jueces comunes, al legislador, a la administración pública, a la doctrina, a los ciudadanos privados)^[51].

3.3. Si se conviene de que el carácter cualificante del neoconstitucionalismo consiste en poner a la Constitución, y en particular los valores en ella expresados, en el centro del fenómeno jurídico, con la finalidad de darle coherencia^[52] a un sistema jurídico implosionado^[53], por medio de un método por cierto diferente al positivista, quizá habría sido más útil identificar el interior de esta doctrina al menos dos diferentes temas, uno de matriz estrictamente iusnaturalista, según las indicaciones ofrecidas por Pozzolo, y por el otro, con mayor probabilidad, adscribible al positivismo jurídico.

El primero de estos temas identifica el derecho en base a criterios de validez/existencia extrajurídica, reconducibles a ideales de justicia universal^[54]. El modelo reconstructivo de Susanna Pozzolo, referido a

[45] En particular, Zagrebelsky sostiene que frente a los valores constitucionales, la manera de argumentar deviene similar a la del derecho natural: "los estilos, el modo de argumentar en 'derecho constitucional' se asemeja... al modo de argumentar en el 'derecho natural', *ivi*, p. 157.

[46] S. Pozzolo, *Neococonstitucionalismo e positivismo giuridico*, cit., cap. IV.

[47] *Idem*, p. 100.

[48] Cfr. c. Mortati, *La Corte costituzionale e i presupposti della sua validità*, en "Iustitia", 1949, *id.*, *Il ricorso in cassazione contro le decisioni delle giurisdizioni speciali*, en "Giurisprudenza completa della Cassazione civile", XXVIII, 1949, p. 230; F. Perandier, *Interpretazione delle norme costituzionali in Italia*, en "Giurisprudenza costituzionale", 1969, pp. 120 ss.; A. Spadaro, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico)*. Ovvero della continua evoluzione del "parámetro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità", en "Quaderni costituzionali", 1998, pp. 343 ss. Más allá de Italia, cfr., por ejemplo, E. Forsthoef, *La traslación de la ley a la Constitución* (1959), ahora en *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 199 - 200.

[49] Cfr., por ejemplo, M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, Franco, Angeli, 1982; A. Anzoni, *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina*

del'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente, en "Giurisprudenza costituzionale", 1998, p. 1084.

[50] Corte Constitucional, decisiones n.º 138/98, 139/98, 113/00, 440/00, 387/99, 65/99, 174/99, 314/99, 13/00, 27/00, 158/00, 233/00, 276/00, 277/00, 592/00.

[51] Por ejemplo, en sentido amplio, está expresada en Casación cuando ha considerado que la obligación de la interpretación adecuada influye sobre cualquier "operador jurídico", "frente a una multiplicidad de lecturas de la disposición legislativa, entre diversas normas que se pueden obtener por parte del operador jurídico debe privilegiar la que permite adecuar la norma primaria con fuerza de ley a la norma constitucional que representa el parámetro de validez", Cass. Civ., sez. I, 26 de mayo de 1980, n.º 3440, en "Ressegna dell'Avvocatura dello Stato", I, 1981, p. 244.

[52] Utilizando el término "coherencia", no se refiere a la simple ausencia de contradicción en un ordenamiento, sino a algo más amplio concerniente a la armonía del sistema entero. Con ello se quiere aludir a la idea de "coherencia" según la tesis de D.N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1978, en particular, cap. VII, más recientemente *id.*, *Coherence in Legal Justification*, en AA.VV., *Theory der Normen*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1984, pp. 37 ss.

[53] S. Pozzolo, *Neococonstitucionalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 107 - 108.

[54] Podemos, por ejemplo, ser reconducidos a este tema: H. Heller, *Dottrina dello Stato*, Napoli, ESI, 1988 (además son de interés, cfr. G. Volpe, *Il costituzionalismo del Nove-*

este primer tema, tiene una función "explicativa" verdaderamente eficaz. Por ello, resulta particularmente útil y claro, en el ámbito de una visión general, cada una de las tendencias adscribible a ella.

El segundo de estos temas¹⁵⁷¹, aunque poniendo la Constitución y sus valores en el centro del fenómeno jurídico y exigiendo una aproximación a esta según una metodología diferente de la positivista, puede quizá ser calificado como una concepción positiva del derecho – un tipo de "*sophisticated positivism*" según el léxico de Pozzolo¹⁵⁶¹ – en el sentido de "una concepción del derecho así como esto es en realidad, y no como debería ser según ciertos principios"¹⁵⁷¹. Ello puede ser calificado como una doctrina positivista "allí donde se adopta una versión ampliada del positivismo jurídico, esto es la versión por la cual el derecho es producto solo de la acción (aunque sea inconsciente) de los seres humanos"¹⁵⁸¹. Es sobre todo en este segundo aspecto que parece oportuno hacer algunos comentarios.

¿No fueron las ideas del siglo XVII la base del positivismo jurídico las que aspiraban a la positivización (entonces se trataba del fenómeno de la "codificación") del *ius commune* y de los principios de derecho natural? Entonces, como no considera expresiones de esta misma tendencia, el

cento, Bari, Laterza, 2000, 178 ss.; P. Pina, *La Costituzione e la giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 81 ss.; M. La Torre, *Un giurista nel crepuscolo di Weimar. Politica e diritto nell'opera di Herman Heller*, en "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2000, pp. 241 ss.); el "control de constitucionalidad" desarrollado en función conservadora de la jurisprudencia común sobre la base del art. 109, I co., Constitución de Weimar (sobre este punto, véase ampliamente G. Voipe, *Il costituzionalismo del Novecento*, cit., pp. 78 ss.); la idea americana de las *self evident truths* y la tesis conexa, sostenida por ejemplo por Hamilton, según la cual la inclusión de un *bill of rights*, en la Constitución habría resultado *unnecessary y dangerous* (cfr., carta de Publius/Hamilton n. 84, *The Federal Papers*).

¹⁵⁵¹ A este tema podría ser reconducido las siguientes tendencias: la doctrina de la interpretación adecuada (sobre la cual me permito remitirlos a M. Perini, L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte costituzionale ed autorità giudiziaria, en AA.VV., *El giudizio delle legge leggi e la sua "diffusione"*. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?, Torino, Giappichelli, 2002); las posiciones de Zagrebelsky contenidas en las obras citadas sobre la nota n. 33; R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988 (sobre este autor, para los fines pertinentes, cfr. G. Voipe, *Il costituzionalismo del Novecento*, cit., pp. 175 ss.).

¹⁵⁶¹ S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 125 y ss.

¹⁵⁷¹ M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori*, cit., p. 120.

¹⁵⁸¹ Idem, pp. 129 – 130.

neocostitucionalismo de matriz positivista por el cual "los principios de la Constitución... representan el máximo acto de orgullo del derecho positivo, en tanto constituye la aspiración de "positivizar" el que, por siglos, fue considerado patrimonio del derecho natural, precisamente: la determinación de la justicia y de los derechos humanos?"¹⁵⁹¹.

Para esta segunda versión del "neocostitucionalismo", el modelo de Pozzolo presenta algunos inconvenientes que no han sido analizados y que parecen escasamente útiles en función explicativa.

Aunque estos dos temas tengan en común la idea de la centralidad de la Constitución y una metodología diferente a la positivista, presentan unas características profundamente distintas. Una que pone como fundamento de un sistema jurídico valores pertenecientes a una moral (que se pretende) universal, el otro que los identifica solo en aquellos expresamente positivizados en la Carta y vivificados en la *iuris prudentia*, uno que en consecuencia admite la interpretación *contra legem*¹⁶⁰¹, el otro que la niega; uno que quiere al legislador como un mero ejecutor de la voluntad constitucional, vinculado a su puntual actuación¹⁶¹¹, el otro que reconoce una amplia libertad al Parlamento¹⁶²¹. Y, uno que, en caso de oposición entre valores, reconoce la necesidad de la prevalencia de aquello considerado fundamental en el sistema moral de referencia¹⁶³¹, el otro que sostiene que la oposición se resuelve por medio de ponderación entre valores sin que uno pueda prevalecer o prevalecer de manera absoluta y de manera análoga supuestos en los que los valores resultan en oposición¹⁶⁴¹, el uno que, refiriéndose a los principios de una moral (que se pretende) universal, tiende a exceptuar de responsabilidad al intérprete,

¹⁵⁹¹ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 155. Se expresa en términos de "complementamiento del paradigma iuspositivista", L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari, Laterza, 2001, p. 35. Análogamente ha sido sostenido que "la localización de unos cosmos definido de valores que tengan relevancia en el mundo del derecho, puede buscarse solo cuando es portado por un acto que ha, o que debería tener, las características de la posición jurídica" (curativas del autor), A. Longo, *Valori, principi e Costituzione*, cit., pp. 79.

¹⁶⁰¹ Según Pozzolo, en cambio, sería el neocostitucionalismo en general el que admite esta posibilidad: cfr., S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 59.

¹⁶¹¹ Idem, pp. 12 y 105 y ss.

¹⁶²¹ Por ejemplo, cfr., G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pp. 210 – 212.

¹⁶³¹ S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 73 – 74.

¹⁶⁴¹ En este sentido, es suficiente la genérica referencia a la jurisprudencia constitucional del tema de la ponderación.

el otro que, imponiendo un método racional invoca a la transparencia de las elecciones político-ideológicas de fondo del intérprete, tiende a volverlo plenamente responsable de sus mismas decisiones^[65].

Pero la más relevante diferencia entre estos dos aspectos del neoconstitucionalismo parece relacionar a la interpretación constitucional y la Corte Constitucional. En particular, es solo por la matriz positivista que las normas constitucionales no se diferenciarían cualitativamente de las otras normas y por lo tanto tampoco su interpretación debería desarrollarse según los mismos criterios entre los cuales se encuentra, especialmente, la interpretación adecuadora. En efecto, los valores son centrales en las tesis del neoconstitucionalismo pues son estándares morales hoy positivizados; ellos se encuentran principalmente en la Constitución "formal" pero no solo allí: la materia constitucional puede encontrarse también en diferentes fuentes. Por tanto, todos lo que entran en relación con el derecho (todo "operador jurídico") tiene la tarea de "constitucionalizar el ordenamiento". El otro aspecto, viceversa, resaltando la naturaleza de los principios constitucionales respecto a las otras normas jurídicas, sostiene la exclusiva competencia de un "juez especial", solo competente para aplicar y actuar la Constitución.

Una posible objeción a este esbozo del modelo Neoconstitucionalista de matriz positivista, podría resaltar su inutilidad, en tanto, así delineado, el modelo podría ser, simplemente reconducido, por un lado, al constitucionalismo *tout court* y, por el otro, al positivismo *tout court*. Tal objeción, sin embargo, no tendría en cuenta los elementos que en general sirven para identificar el neoconstitucionalismo según las felices intuiciones de Pozzolo: el poner la Constitución, y en particular los va-

[65] El neoconstitucionalismo, en efecto, sosteniendo la imposibilidad de una aproximación avalorativa al derecho y, en su versión positivista, no reconocer la existencia de un valor "moral" prevalente, requiere del intérprete tomar con absoluta seriedad sus elecciones de fondo para poder controlar la racionalidad de las decisiones. En este aspecto, el intérprete se encuentra en una posición diametralmente opuesta respecto a la que hubiese acogido un positivismo *à la* Kelsen: "si se sostiene que, al interior de un determinado círculo de posibilidades interpretativas, elegir una u otra solución es una simple cuestión de gusto personal, la consecuencia inmediata es la de exceptuar de responsabilidad al intérprete: él no se preocupará tanto de qué elección hacer, y dirá que menos aún, tendrá interés en presentarse a los otros intérpretes argumentando su propia elección". A. Schiavello, *Diritto come integrità. Incubo e nobile sogno? Saggio su*

Ronald Dworkin, Torino, Giappichelli, 1998, p. 249.

lores en ella expresados, al centro del fenómeno jurídico, con el fin de darle coherencia a un sistema jurídico implotonado^[66] recurriendo a un método de aproximación al derecho no solo absolutamente distinto, sino opuesto, al positivista.

4. ALGUNOS POSIBLES PROGRESOS

Son múltiples los aspectos contenidos en el libro de Pozzolo que merecerían ser profundizados. Por un lado, la investigación sobre el neoconstitucionalismo permite a los juristas positivistas desarrollar con mayor conciencia las tesis propias de esta doctrina y que analizamos hoy, aunque resultando ampliamente difusas, no han sido aún reconducidas a un diseño unitario, por el otro, parecería particularmente fructífero para la teoría del derecho el perfeccionamiento del modelo de Pozzolo con el objetivo de utilizarlo como un posible esquema de lectura de los ordenamientos contemporáneos: un modelo que no abandona las categorías tradicionales de la ciencia jurídica (fuentes del derecho y sus criterios de ordenamiento, validez y legitimación, instituciones, etc.) y, además, las reelabora de manera original.

4.1. En primer lugar, considero desarrollar y profundizar los aspectos de la metodología que caracteriza el neoconstitucionalismo. Pienso que el más grande mérito de este movimiento de ideas está en el abandono del método positivista, o mejor paleo-iuspositivista^[67]. El neoconstitucionalismo, bajo este aspecto, no parece haber operado una clara ruptura con el positivismo jurídico y en particular con la escuela analítica del derecho; las tesis que desarrolla, en efecto, han nacido en el ámbito de estas últimas dos orientaciones iusfilosóficas^[68]. La externalidad de una investigación enmascarada bajo los falsos disfraces de una verdadera "ciencia" avalorativa y meramente descriptiva de una realidad que el mismo intérprete contribuye a crear, ha sido sometida a múltiples análisis afrontados por las escuelas positivistas mismas (del realismo al positivismo "inclusivo").

[66] S. Pozzolo, *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 107-108.

[67] Para un diferente metodología que caracteriza el movimiento que se ha definido como neoconstitucionalismo, ha sido sostenido también por A. Longo, *Valori, principi e Costituzione*, cit., pp. 77 y 95 ss.

[68] Cfr., por ejemplo, U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit.

Limitándose a la reflexión desarrollada sobre el derecho (constitucional) positivo, el gran mérito de los neoconstitucionalistas^[69] ha sido quizá el de divulgar y profundizar las tesis nacidas en el ámbito de la más madura investigación positivista oponiéndose frontalmente a las posiciones metodológicas paleo – iuspositivistas hoy estériles en las obras actuales y en el sentir común de los juristas^[70].

En efecto, no parece posible negar que entre los juristas positivistas, y sobre todo entre los operadores prácticos, las tesis prevalentemente seguidas de manera absolutamente acrítica se refieren a la interpretación como actividad centrada sobre aserciones consideradas “verdaderas” justificadas racionalmente; la actuación del derecho como mecánica aplicación de reglas a casos concretos; la admisibilidad de “silogismos” como deducciones lógicas de juicios de valores (consecuencia jurídica) de juicios de hecho (supuestos de hecho concretos) ignorando del todo que tales operaciones son lógicamente imposibles^[71]; la convicción o la “nostálgica aspiración” de creer a un juez “*buche qui prononce les paroles de la loi*”; la idea de que para cada supuesto de hecho concreto el derecho ofrece una y solo una solución correcta. Los ejemplos podrían multiplicarse, pero parece inútil extendernos sobre convicciones tan difusas que, con gran acierto, han sido calificadas como “mitología jurídica de la modernidad”^[72], es decir, mitos “que han jugado un rol tanto fundacional en el proyecto jurídico burgués, [pero que] no regulan las necesidades y los requerimientos de la sociedad contemporánea, extremadamente compleja en cuestiones sociales, económicas, tecnológicas”^[73].

La metodología de la cual el neoconstitucionalismo es portavoz, desarrollando las sugerencias ofrecidas por el mismo positivismo, es, por lo tanto, en primer lugar – siempre limitándose al estudio del derecho

positivo – una tentación de divulgar entre los operadores prácticos las críticas al método positivista que por mucho tiempo había quedado relegada a los estudiosos de filosofía y teoría del derecho.

4.2. En segundo lugar, el método neoconstitucionalista busca ofrecer una clave de lectura de los ordenamiento jurídicos contemporáneos que tenga en cuenta el material del cual están compuestos (valores al lado de reglas) y las concepciones ideológicas que los inspiren (libertad individual, igualdad, pluralismo, democracia)^[74]. Se trata de un método que utiliza como principal instrumento la racionalidad, y en particular la racionalidad respecto a los fines^[75], al menos en tanto parece el neoconstitucionalismo de matriz positivista^[76]. En efecto, es este el tipo de racionalidad que mejor está en capacidad de realizar lo que los operadores jurídicos han llamado a hacer en las democracias contemporáneas: la ponderación de argumentos contrapuestos y valores para llegar a decisiones autoritativas, pero justificadas racionalmente y por lo tanto controlables por la opinión pública, sin que puedan ser impuestos valores “absolutos” impensables en una ordenamiento pluralista.

Se puede estar de acuerdo junto con Pozzolo que este método presenta todavía muchas zonas de penumbra, pero la solución no parece que pueda consistir en el retorno a la metodología positivista; seguramente no es correcto retornar a una metodología positivista que no haya antes dado cuenta de las críticas realizadas a ella por los mismos positivistas. En el pasado era lícito pensar en un “ciencia” avalorativa y meramente descriptiva en tanto “el derecho podía permitirse ser esencialmente un derecho “de reglas” en tanto estaba ya resuelto el problema de los valores

[69] Bajo este aspecto se ha incluso hablado de “concepciones valorativas del ordenamiento”, A. Longo, *Valori, Principi e Costituzione*, cit., p. 77, nota n. 6.

[70] Actúa de manera racional respecto a los fines “el que oriente su actuar en base a los objetivos, a los medios y a las consecuencias concomitantes, midiendo racionalmente los medios en relación a los objetivos, los objetivos en relación a las consecuencias, e incluso los diversos objetivos posibles en relación recíproca”, M. Weber, *Economía e sociedad*, I vol., Milano, Edizioni di Comunità, 1980, p. 23.

[71] Para el neoconstitucionalismo de matriz insustancialista, quizá se podría sostener que la racionalidad de la cual se hace portadora sea en cambio la de respeto al valor. Como dice, actúa de manera racional respecto al valor “el que – sin atención por las consecuencias previsibles – obra al servicio de la propia convicción relativa a lo que piensa que es un mandato del deber, de la dignidad, de la belleza, del precepto religioso, de la piedad o de la importancia de una “causa” de cualquier especie”, M. Weber, *Economía e sociedad*, cit., I vol., p. 201.

[69] Y pienso sobre todo en Zagrebelsky: cf., en particular, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., cap. VII.

[70] En este sentido, algunos autores han hablado de estudios sobre las fuentes que incluso son rehenes de un “aplastante y omni – invasivo formalismo”: A. Ruggeri, *Dottrine della Costituzione e metodi del costituzionalisti* (prime osservazioni), en “Politica del diritto”, 1996, p. 360.

[71] Cf., por ejemplo, Ch. Perelman, *Logica giuridica e nuova retorica*, Milano, Giuffrè, 1979.

[72] P. Grossi, *Oltre le mitologie della modernità*, en “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, 2000, pp. 217 ss.

[73] Idem, p. 238.

fundamentales¹⁷⁷ encontrándose con la presencia de "un contexto político y cultural homogéneo y... situaciones sociales más estables que las actuales"¹⁷⁸. Cambiando el contexto de referencia, multiplicados los valores fundantes de los sistemas contemporáneos, abandonado hoy el monopolio estatal de la producción jurídica, reconocida la influencia de la aplicación (y del estudio) del derecho sobre su creación, en primer lugar se ha vuelto oportuna la transparencia de las elecciones político - ideológicas en la base de la metodología jurídica - elecciones que necesariamente toda aproximación al derecho implica y no podría dejar de implicar - la que tiene como su primera labor la de construir un ordenamiento jurídico coherente o más simplemente un ordenamiento jurídico¹⁷⁹.

Por tanto, un gran mérito que se puede atribuir al neoconstitucionalismo consiste en la transparencia de sus elecciones de fondo. El positivismo (metodológico) los tenía - eran las mismas del Estado de derecho y de la sociedad burguesa liberal - pero fingía no tener, de ser una mera "ciencia" al servicio de la comprensión y descripción avaladora de la "realidad" jurídica. Viceversa, el neoconstitucionalismo "es muy claro también - sobre todo en la "cientificidad" del derecho - que su labor, su proclamada "ciencia", puede tener un impacto dramático sobre la legislación y sobre la construcción de un país. Y por esto, para influenciar a los jueces, los legisladores y constituyentes, muchas veces se escriben en las revistas jurídicas y se publican poderosas monografías "dogmáticas". Por lo tanto, no puede el "dogmático", la "cientificidad" del derecho, nacer de la responsabilidad moral detrás de una sospechosa reinviñicación de la *Wissenschaftlichkeit*, de la "cientificidad", por lo tanto de la neutralidad moral, de la propia obra¹⁸⁰.

La transparencia que el neoconstitucionalismo impone al intérprete, debería ser fuertemente apreciada y alentada por razones de "honestidad intelectual" ya que implica que el operador jurídico asume responsabilidades. Ello no significa, como ya he dicho, que el estudio y la actuación

¹⁷⁷ G. Zagrebelsky, *Il diritto nudo*, cit., p. 201.

¹⁷⁸ Idem, p. 200.

¹⁷⁹ "Ordenamiento significa el acto de ordenar, de poner orden; y orden es noción es una noción importante al menos en dos aspectos: se vincula con la realidad subyacente, la presupone en su entidad, y quiere ordenarla, en consecuencia, no registra ni respeta toda la complejidad". P. Grossi, *Oltre le mitologie della modernità*, cit., p. 226.

¹⁸⁰ M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori*, cit., p. 327.

del derecho deba ser puesto en manos de los militantes de algún partido político ideológico, sino solo que, no siendo más sostenible que se pueda entender al derecho de manera avalorativa, las posiciones de fondo de cada uno están orientadas a esclarecer con el fin de garantizar la disponibilidad de los demás participantes a escuchar y eventualmente a hacer propios los argumentos ajenos. En efecto, con la finalidad de desarrollar en el discurso jurídico lo que los anglosajones llaman *fairness* - con términos que no encuentran correspondencia en italiano - es indispensable que quien está llamado a cumplir unas elecciones "*genuinely addresses himself to the question with a mind which is open to persuasion*"¹⁸¹. Y ello podría ser hecho esclareciendo cuáles son las propias posiciones personales con referencia al objeto del discurso.

4.3. Superando los aspectos de la metodología neoconstitucionalista, merece de verdad gran atención la respuesta que este movimiento ha buscado ofrecer a la ruptura de la unidad social, institucional y normativa de las democracias pluralistas contemporáneas¹⁸². El neoconstitucionalismo ofrece interesantes instrumentos para dar - sino una unidad, por el momento inalcanzable, por lo menos - coherencia a nuestros sistemas jurídicos. Obviamente, se trata de una de las tantas posibles propuestas teóricas que se esgrimen en la cultura jurídica contemporánea. Como es claro, también están quienes en cambio sostienen la importancia del fenómeno "Constitución"¹⁸³, o quienes buscan la solución en confiar únicamente en las leyes del mercado y en su mitológica autoregulación (anarcocapitalismo¹⁸⁴), también están quienes creen poder resolver la crisis contemporánea redescubriendo algunos de los aspectos característicos del Medievo, etc.

¹⁸¹ W. Wade, *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 492.

¹⁸² Sobre la disolución de los ordenamientos jurídicos contemporáneos y sobre las diferentes teorías que han buscado de diferentes maneras recomponer la unidad del sistema, cfr. por ejemplo: F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, Cedam, 2000; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Bari, Laterza, 2002; P. Pina, *La Costituzione e la giustizia costituzionale*, cit.; M. Luciani, *L'antsovrano e la crisi delle costituzioni*, en AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Padova, Cedam, 1998, pp. 731 y ss.

¹⁸³ G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, cit., en especial, pp. 256 y ss.; F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, cit.

¹⁸⁴ Sobre este punto, cfr., por ejemplo, G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, cit., pp. 233 y ss.

Frente a esta multiplicidad de tesis, ¿por qué entonces prestar particular atención a las propuestas del neoconstitucionalismo?

Cualquier tipo de "orden", de "coherencia" parece indispensable con la finalidad de asegurar certeza y por lo tanto seguridad en las relaciones sociales. El neoconstitucionalismo, a diferencia de otras doctrinas, lo hace reivindicando un renovado rol del derecho tanto respecto a la violencia, de ejercicios o de leyes, como respecto a la fuerza bruta de las reglas económicas.

La respuesta a la crisis de los ordenamientos contemporáneos que ofrece este movimiento – y pienso, en especial, a su tendencia positivista – consiste en poner al centro de un sistema el derecho y en primer lugar la Constitución con sus valores^[85] para hacerlos incluir en el ordenamiento entero^[86]. Son pues los componentes de aquel sistema, sujetos públicos y privados, que contribuyen a dar coherencia al ordenamiento portando los valores constitucionales en cada uno de sus intersticios. Esta respuesta entonces convence y parece merecedora de ser cultivada en tanto la di-

[85] En este sentido se pueden leer las bellas palabras de Predieri que se refiere al "estado polárquico o pluralista que se refleja y se articula en un texto constitucional y en un hipertexto metafórico (en tanto no es necesario y generalmente no hay un escrito que lo consolide). Este hipertexto (uso la palabra como metáfora, porque en estricto sentido el texto no existe) es el pacto social sobre el cual se funda el Estado y sobre el que se determina sus valores fundamentales que pueden resumirse, en tanto se establece en Italia, Europa, el mundo occidental, en la gestión de los conflictos, en el rechazo de un vuelco del orden, en la complementariedad de la eficiencia y de la equidad, en la asunción de una función pública de promoción, emancipación, de participación y progreso individual y colectivo, en el mejoramiento de la calidad de vida, como objetivos y parámetros conjuntos de los intereses ponderados, pero también de los valores mismos", A. Predieri, *Euro Poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, Ciapichelli, 1998, p. 187.

[86] En este aspecto se notan no pocas semejanzas con la tesis de la "integración" desarrollada por Smend: R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., en especial, pp. 271 y ss. Tales semejanzas son evidenciadas también por A. Longo, *Valori, principi e Costituzione*, cit., p. 94. Entre los otros aspectos, el que mayormente diferencia a Smend de las recientes tendencias neoconstitucionalistas consiste en el hecho de que mientras el primero, a la par que otros de sus contemporáneos, estaba "obsesionado en el asunto de la amenaza o comprometida unidad del Estado" (G. Voipe, *Il costituzionalismo del Novecento*, cit., p. 178), el neoconstitucionalismo no quiere recuperar la unidad estatal – quizá definitivamente perdida –, sino solo devolverle coherencia a los sistemas jurídicos contemporáneos los cuales además se desarrollan más allá de la realidad nacional.

ferencia de otras tesis, ella es extremadamente garantista y pluralista^[87], al menos en la versión positivista del neoconstitucionalismo.

4.4. Otro aspecto particularmente fecundo de posible análisis, se relaciona a los esquemas que por muchas razones reclaman los medievales.

Es hoy ampliamente difundida la convicción de que la complejidad contemporánea había tenido muchos puntos de contacto con el medievo^[88]. ¿por qué entonces no reexaminar, adaptándolos a los sistemas contemporáneos, las elaboraciones de aquel periodo, al menos las más fértiles? No parece de ninguna manera que ello signifique un "retorno a la barbarie", porque se necesitaría saber cómo medir la "civilidad" de un ordenamiento jurídico respecto a otro y sobre todo porque se trataría de la reelaboración y adaptación de algunos esquemas jurídicos y no de recuperación de un ordenamiento ya superado.

El neoconstitucionalismo, a menudo inconscientemente, parece reelaborar el material normativo e institucional contemporáneo según esquemas muy similares a los medievales: la legislación como manifestación del *ius aequum*, *soft law*, razonabilidad^[89], fuentes - hecho, etc. Pero ello lo hace en función declaradamente garantista fuera del papel de una inspiración moral unitaria que era propia de aquel periodo histórico. Diferente a la moral universal que inspiraba el orden jurídico medieval, el neoconstitucionalismo propone una vasta pluralidad de valores (positivos) fundantes que encuentran sus raíces en otros tantos sistemas morales o políticos – ideológicos de referencia (el cristianismo, el liberalismo, el socialismo,

[87] Contra, S. Pozzolo, *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., cap. V. Se piensa en la centralidad del "derecho" como del "Príncipe" (el soberano); en el acercamiento entre sociedad y derecho; en la idea de la legislación como "actuación" de un orden jurídico superior, por lo tanto, asimilable en varios sentidos a la actividad de *ius dicere*; al redescubrimiento del valor de los hechos, que presionan sobre el derecho para encontrar una solución adecuada; a la mayor relevancia de las fuentes - hecho; al lento reafirmamiento de la jurisprudencia como fuente del derecho incluso en los países con derecho codificado; al rol siempre más incisivo desarrollado por la doctrina en la construcción de los ordenamientos contemporáneos; a las nuevas relaciones entre fuentes, siempre menos inspiradas en la jerarquía, etc.

[88] Interesantísimas consideraciones reconstructivas de este concepto con referencia a esquemas medievales son ofrecidas por T. Mazzarese, *La ragionevolezza nella storia. Osservazioni storico-giuridiche in tema di giustizia sostanziale*, en AA.VV., *Alla ricerca del diritto regionale tra ordinamento costituzionale ed ordinamento comunitario. Atti del seminario di studi tenutosi a Palermo el 15 de febrero de 2002* (en curso de publicación).

el ecologismo, etc.). Ninguno de estos, al menos en la versión positivista de la doctrina, está destinada a prevalecer sobre los otros.

4.5. Otro aspecto de gran interés del modelo neoconstitucionalista relacionado a la noción de Constitución la cual no es más solo la fuente de las fuentes, sino que reviste el rol más importante de fundar el sistema jurídico completo.

El poner la Constitución en el centro del fenómeno jurídico permite superar bastante ágilmente los límites de todas las tesis que recorren en torno a la noción de "Estado". Hoy parece existir un cuasi general consenso en resaltar esta entidad, si no en el inmediato presente, al menos en un futuro no muy lejano, está destinada a ser definitivamente superada. La Constitución, aunque en sus connotaciones modernas está a menudo conectada al Estado nacional, parece susceptible de vivir autónomamente, aunque quizá con diferentes nombres (Declaración Universal de los derechos, tratados multilaterales, etc.)^[90].

El modelo de Constitución al cual el neoconstitucionalismo hace referencia consiste en un documento rico de valores y principios que requieren de vez en cuando ser ponderados entre ellos. No se trata de un acto que traza fronteras entre poderes o entre individuos, sino indica los puntos cardinales que todo operador jurídico debe tener presente al dar coherencia al material normativo subyacente con la finalidad de ofrecer soluciones adecuadas a los casos concretos que se presentan a su consideración^[91].

Bajo este aspecto, no parece irrelevante notar que en el derecho público contemporáneo y en particular en el estudio del derecho público de la economía – ángulo visual privilegiado para buscar comprender la complejidad del presente – resultan ampliamente explotadas las metáforas

de la "redes"^[92] del "network"^[93], de la "tela"^[94], es decir la configuración del ordenamiento como un sistema cuadrícula, compuesto por más órdenes o subsistemas interconectados entre ellos^[95]. Se habla de "Constitución cuadrícula"^[96] en tanto "los ordenamientos democráticos – pluralistas no tienen una base, ni un vértice. La imagen que los expresa no es la de la pirámide, derecha o invertida, sino la de la red. La idea de los procesos decisionales democráticos – pluralistas está expresada no en la metáfora del reloj o de la balanza...", sino en la de la red: la imagen de una estructura que se compone de tantos nudos, que integrados entre ellos, cada uno por su parte, necesitan de la formación de las decisiones del sistema. El sistema es cuadrícula, es la organización de los múltiples nudos que dialogan e interactúan entre ellos. Es una red interactiva, la influencia recíproca entre los nudos genera decisiones de todo el sistema"^[97].

No parece entonces fuera de lugar para describir esta idea de Constitución la metáfora del archipiélago tan cara a Predieri: "la metáfora del archipiélago, de la cual hemos partido, tiene el mérito de haber puesto a la luz la complejidad de la sociedad y del Estado y el abandono de la ilusión algorítmica... así como de la inalcanzable unidad de la sociedad de masas y la convicción que el retorno a la navegación entre las islas, a la cibernética en sentido etimológico de pilotaje, no ignorando que más allá del archipiélago hay un terreno desconocido, el mar abierto del nuevo mundo en el cual todo es capaz de entenderse y las extrapolaciones del pasado pueden servir hasta cierto punto, pero muy poco"^[98].

4.6. En la visión neoconstitucionalista, la coherencia, el orden no es un dato anterior a la sociedad y que encuentra su disciplina en la Constitución, precisamente cuadrícula, sino que resulta ser producto de la obra

[90] Cfr., por ejemplo, A. Predieri, *Euro Poliarchie democratiche e mercati monetari*, cit., en especial, pp. 140 ss.

[91] Cfr., por ejemplo, M. Castells, *The Rise of the Network Society*, Oxford, Basil Blackwell, 1996.

[92] A. Longo, *Valori, principi e Costituzione*, cit., pp. 144 y 147 ss.

[93] Para indicaciones bibliográficas, cfr., F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, cit., p. 97, nota n. 166, el cual S. Cassese, *La crisi dello Stato*, cit., pp. 17, 21, 35, 65, 131.

[94] En especial, cfr. P. Pinna, *La Costituzione e la giustizia costituzionale*, cit.; O. Chessa, *La tutela dei diritti oltre lo Stato*, cit.

[95] P. Pinna, *La Costituzione e la giustizia costituzionale*, cit., p. 99.

[96] A. Predieri, *L'erompe delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passigli, editori, 1997, pp. 122 – 123.

de todos los sujetos del ordenamiento que utilizan sus puntos cardinales trazados en la Constitución para crear precisamente el orden^[99].

La Constitución constituye el cuadro de referencia en el cual se reconduce la complejidad normativa, institucional y social del tiempo presente, por medio de la obra de todos los operadores jurídicos^[100] llamados a portar coherencia a la realidad, partiendo de ella y recurriendo a esquemas racionales flexibles que evitan hacer prevalecer una visión del mundo respecto a otra. La coherencia del sistema es por lo tanto reconstruida *a posteriori* por el material existente^[101] y no es más dada *a priori* en base a algunas órdenes trascendentes, ya sea puesto en verdad por el propio Dios o bien por los hombres (el Soberano) o entes (el Estado) divinizados^[102].

[99] Cfr., por ejemplo, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pp. 163, 167 - 168, y en general, cap. VII.

[100] Por lo tanto, no solo el juez constitucional, o más en general los jueces comunes, sino todo sujeto que tenga que operar con el derecho, ya sea un actor institucional (legislador, administración pública, jueces, autoridades independientes, etc.), ya sea un sujeto privado (abogado, asesor, dogmatista y teórico del derecho, comentarista, ciudadano, etc.). También bajo este perfil, el neoconstitucionalismo parece retomar uno de los aspectos más brillantes de la construcción medieval: el ordenamiento jurídico es resultado de la realidad reelaborada por todos los actores sociales (comerciantes, juristas, corporaciones, el emperador, etc.) y no de un único centro de poder (el Soberano). Sobre el rol de los juristas en general en la creación de un ordenamiento jurídico, cfr., por ejemplo, L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967. Con específica referencia a las convenciones constitucionales, cfr. G.U. Rescigno, Ripensando le convenzioni costituzionali, en "Politica del diritto", 1997, pp. 520 y ss.

[101] "El 'sistema' no es sino se hace, apoyándose sobre numerosos puntos de equilibrio marcados por la mano de los operadores político - institucionales primero, y por el juez (si es el caso) luego" (énfasis del autor). A. Ruggeri, Sistema delle fonti, ordinamento pluralista, garanzia costituzionale, en A. Ruggeri, "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. II. Studi degli anni 1992/95, Torino, Giappichelli, 1996, p. 242.

[102] También la desarrollada por el positivismo parece muy similar a una "teología moral" que a una ciencia: "tanto ante el teólogo como ante los juristas iuspositivistas no hay una experiencia axiológicamente indiferenciada, de organizar en un sistema de explicaciones y de previsiones; es una experiencia de la cual emerge y sobre la cual se ciernen un conjunto de sistemas instituidos por una voluntad superior; hay un conjunto de normas que están encima, y los eventos toman un lugar en la trama de las normas y reciben de su relación con las normas un valor... lo que el teólogo estudia (o cree estudiar) son las normas de una voluntad eterna e inmutable; mientras el jurista iuspositivista dedica sus esfuerzos a normas puestas, desgraciadamente, por la voluntad de los seres humanos, mutable, efímera, sujeta al veloz paso del tiempo", U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 92.

En esta valoración del rol de cada operador jurídico y más en general de cada sujeto del ordenamiento, se puede descubrir una fuerte impronta democrática. No se trata de la democracia absolutizante *à la Rousseau*: en efecto, no se pide a los ciudadanos desviarse de la cura de los propios intereses para dedicarse a la gestión de una invasiva *res publica*. Por el contrario, todo sujeto, continuando y cultivando sus intereses y valores^[103], puede hacer emerger, mediante el enfrentamiento y el encuentro con los intereses y los valores ajenos, un orden que no será nunca definitivo sino destinado a perfeccionarse continuamente^[104].

4.7. Entre los sujetos llamados a dar coherencia al sistema, gran relieve - pero no exclusivamente - tienen los órganos que actúan según modelos de legitimación racional: jueces, autoridades independientes, poderes "neutrales", etc.

Es la racionalidad de la acción según los fines^[105] un tratto caracterizante del método neoconstitucional, al menos en su versión positivista, y es quizá esto que podría constituir un modelo alternativo de legitimación del poder el cual se pondera inteligentemente con las instancias democráticas, podría garantizar un equilibrio bastante benéfico para las libertades individuales.

Parece absolutamente correcto afirmar que "entre democracia y constitución... parece existir tensiones"^[106], al menos en la concepción que de la

[101] Para tal propósito, lejos de hacer eco esta tesis, por muchos motivos utópica, de la "mano invisible" de Adam Smith, sea suficiente remitirnos a la carta n. 51 de Publius/Medison, *The Federalist Papers*, que "contiene la enunciación clara y lúcida de cómo el contraste con los intereses puede ser utilizado como un sistema de reglas para obtener el interés general" (A. Predieri, *Euro Poliarchie democratiche e mercati monetari*, cit., p. 116). Sobre las doctrinas que de diferentes maneras en el curso del siglo XIX han sostenido tesis por algunas razones análogas, cfr. G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, cit., pp. 214 - 237.

[102] Con ello se podrá notar una vistosa diferencia con la teoría smendiana de la integración en base a la cual "la tendencia a la integración es propia no de cualquiera, sino del ciudadano consciente, de aquel que se preocupa por su ser espiritual y en este ámbito busca su perfeccionamiento", G. Zagrebelsky, *Introduzione*, en R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 15.

[103] Cfr., supra nota n. 75.

[104] S. Pozzolo, *Neoconstitucionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 93. Sobre tal "tensión" cfr. J. Trully, *The Unfreedom of the Moderns in Comparison to Their Ideals of Constitutional Democracy*, en "The Modern Law Review", 2002, pp. 204 y ss.; R.E. Barkow, *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, en "Columbia Law Review", 2002, pp. 237 y ss.

segunda tiene el neoconstitucionalismo. Parece que esta tensión es favorable al avance de las libertades individuales. En efecto, solo a cambio de que ninguno de los dos principios de legitimación del poder – la democracia y la racionalidad de la acción – prevalezca, es posible evitar los gravísimos peligros de degeneración en los cuales se pueden encontrar. Bajo este aspecto, el neoconstitucionalismo no parece hacer otra cosa que desarrollar uno de los fundamentos del constitucionalismo decimonónico: la división de los poderes en su acepción continental de *checks and balances*. En este sentido y con gran equilibrio, se ha sostenido que “si algunos expresan alarmas por la concordancia entre aparatos judiciales y órganos representativos en la formulación de las directivas relativas al cambio jurídico, es necesario reconocer que la relativa “autonomía” de la esfera de la política de la interpretación judicial (y, especialmente, de la jurisprudencia constitucional) marcará la cultura – política y jurídica – dominante, en salvaguardia de los principios fundamentales de la organización social. Por lo tanto, contrapeso respecto a las desarrolladas por un “sistema lineal”^[107].

En esta perspectiva, parecería un error exigir volver más “democráticos” los poderes neutrales. Su ausencia y sobre todo su función de limitación del poder no podría ser más salvaguardada si esta exigencia fuese acogida. En efecto, su poder “está en contraponer su peso y su diferente legitimación, que despliega su virtualidad en un momento en que habíamos observado el incremento del poder judicial que pasa a ser administrador y legislador, que responde a las preguntas de la sociedad, en cuyo circuito no electivo formula preguntas al poder judicial, que, asimismo, no es electivo, privilegiando un momento no electivo, al cual son contrapuestos la participación en el procedimiento, la profesionalidad del decisor, su naturaleza no partidaria, su no responsabilidad hacia el gobierno (pero, como autorresponsabilidad de conciencia, de ética, de profesionalidad, hacia la comunidad). Autoridades administrativas y judiciales parecen acercarse más a estas exigencias, a las cuales se adecúan”^[108].

[107] M. Midini, La Corte, la politica, i giudici (il dilemma di Ambrosini), en “Politica del diritto”, 2001, p. 460.

[108] A. Predieri, L'erompere delle autorità amministrative indipendenti, cit., p. 58. Sobre este aspecto del pensamiento del autor, cfr. G. Amato, La funzione di governo oggi (Ricordando Alberto Predieri), ponencia presentada en el Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Palermo 8 – 10 novembre 2001.

Por lo tanto, lo que persigue el neoconstitucionalismo – y se hace referencia a su versión positivista –, y que constituye lo que la hace una teoría a tener gran consideración, es una conservación y un potenciamiento del garantismo y del pluralismo en perfecta línea con el constitucionalismo de los siglos precedentes, por un lado, de superar los límites del absolutismo jurídico del Estado legislativo del derecho^[109] y, por el otro, de evitar el retorno a un nuevo Medievo en cuyos dominios haya un único sistema de valores de impronta religiosa, económica, científica o de otra naturaleza.

5. UNA PREGUNTA ABIERTA

Estoy de acuerdo con Pozzolo de que el problema fundamental para el constitucionalismo garantista está relacionado con la limitación del poder. Por lo tanto, la identificación de sujetos con capacidad de desarrollar un control sobre los titulares de un poder desplaza el problema hacia los fiscalizadores: “¿quién fiscaliza a los fiscalizadores?”^[110].

En el modelo de neoconstitucionalismo delineado por la autora, la Corte Constitucional termina por representar el auténtico soberano del sistema, estando en capacidad de controlar las elecciones del legislador (también del constitucional) y representando al sujeto al cual primariamente es atribuida la tarea de “constitucionalizar el ordenamiento”. La concentración de todo este poder en las manos de un único sujeto – por otra parte puesto fuera del circuito democrático – representativo – contradeciría la imputación garantista que el neoconstitucionalismo pretendería tener. Ello alcanzaría a un “buen juez dotado de buen sentido” convencido de que actuará para bien: ¿pero qué cosa sucedería si eso no ocurre?

Esta común enseñanza de la especulación histórica y jurídico-politológica – además de fruto del simple buen sentido – que para realizar un ideal, como la tutela de las libertades individuales, sea muy oportuno partir de la

[109] Me refiero en particular a las tesis claramente expuestas por Paolo Grossi, pero que se nota en la obra de muchos autores: P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 20 y 154; Id., *Pagina introduttiva (ancora sulle fonti del diritto)*, en “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, 2000, pp. 1 y ss.; S. Cassese, *La crisi rappresentativa*, cit., pp. 68 – 69; F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato*, 221 – 222.

[110] S. Pozzolo, *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 138.

premisa opuesta del *bad man*^[111], es decir, del presupuesto de que el titular de un poder normalmente no actuará para el bien de los demás humanos.

Lo expresado por la autora es una duda a tener en consideración, siempre que opte por mantener el (Neo) constitucionalismo en el cauce del constitucionalismo garantista de los siglos anteriores. Es necesario, además, reiterar que la "omnipotencia" del juez constitucional^[112] y la confianza en un "buen juez dotado de buen sentido"^[113] no constituyen tesis genéricamente referidas al neoconstitucionalismo, sino solo aquello que ha definido el estilo insustancialista (cfr. supra par. 3.3.). El otro aspecto, el que he llamado positivista, no las acepta encargando a todos los operadores jurídicos, según sus específicas competencias y responsabilidades, la labor de dar coherencia al ordenamiento y por lo tanto, en cierto sentido, se atribuye la función de construir un ordenamiento.

Ello no significa que el problema del cual se había partido haya sido definitivamente resuelto. En efecto, aunque el neoconstitucionalismo de matriz positivista atenúa el peligro de un "gobierno de los juristas"^[114] a causa del gran peso revestido en esta doctrina del "operador jurídico", es decir del depositario de un conocimiento técnico para muchos excluido. ¿Quién fiscaliza, entonces, a los fiscalizadores?

Si el neoconstitucionalismo quiere mantenerse en el camino garantista trazado por el constitucionalismo de los siglos anteriores es necesario que se confronte muy seriamente con esta pregunta.

En substancia, la elección o la preferencia que se realiza se lleva a cabo en los circuitos de la legitimación democrática, en particular – si no es demasiado utópico – mediante el reavivamiento del interés de los ciudadanos por la gestión de la cosa pública y con ella para la tutela de las libertades individuales, junto con los circuitos de la legitimación racional.

[111] *Idem*, p. 140. En efecto, "if men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary"; son palabras de Publius/Madison en la carta n. 51, *The Federalist Papers*.

[112] Contra esta tesis se puede leer, por ejemplo, una reciente intervención de la Corte constitucional la cual, continúa expresándose en términos – quizá superados por la complejidad contemporánea – de "soberanía", ha sostenido que "el artículo 1 de la Constitución, establece, de manera clara y definitiva, que la soberanía "pertenece" al pueblo, impide pensar de que existan lugares o foros de la organización constitucional en la cual ella se pueda instalar agotarse", Corte constitucional, sent., n. 106/02, par. 3.

[113] Niega esta perspectiva, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pp. 140 – 143.

[114] S. Porzolo, *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 137 – 138.

¿NEOCONSTITUCIONALISMO O NEOCONSTITUCIONALISMOS?

ALDO SCHIAVELLO