

(NEO) CONSTITUCIONALISMO: ¿PROGRESO O RETORNO? UN ANÁLISIS DEL PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA EN LA OBRA DE LUIGI FERRAJOLI A LA LUZ DE ALGUNAS CRÍTICAS DE FERNANDO ATRIA

(NEO) CONSTITUTIONALISM: PROGRESS OR RETURN? AN ANALYSIS OF THE NEOCONSTITUTIONALIST PARADIGM IN LUIGI FERRAJOLI'S WORK IN THE LIGHT OF SOME CRITICISMS BY FERNANDO ATRIA

(NEO) CONSTITUCIONALISMO: PROGRESSO OU RETORNO? UMA ANÁLISE DO PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA NA OBRA DE LUIGI FERRAJOLI À LUZ DE ALGUNAS CRÍTICAS DE FERNANDO ATRIA

JUAN FRANCISCO IOSA

<https://orcid.org/0000-0001-5590-6043> / juanfiosa@gmail.com
Universidad Nacional de Córdoba
Córdoba, Argentina.

RESUMO

Vou manter aqui uma tese que desafia abertamente o paradigma constitucionalista defendido por Luigi Ferrajoli em Principia Iuris: a tese afirma que o (neo) constitucionalismo é o direito pré-moderno. Não apenas existe uma profunda semelhança estrutural e funcional entre o direito pré-moderno e o direito do estado constitucional. Essa semelhança indica que na lei do estado de direito constitucional, em vez de um progresso em direção a um sistema legal moralmente superior ao estado de direito legislativo, há um retorno ao direito pré-moderno. Em outras palavras, um retorno a um direito profundamente hostil ao autogoverno popular, amigável ao governo de uma elite judicial e, finalmente, funcional a uma sociedade onde a genuína igualdade de seres humanos se afasta do horizonte de nossas utopias regulatórias. Principais conclusões. Tempo verbal no presente.

Palavras-chave: neoconstitucionalismo, constitucionalismo, direito pre-moderno, Fernando Atria, Luigi Ferrajoli

ABSTRACT

I will hold here a thesis that openly challenges the constitutionalist paradigm defended by Luigi Ferrajoli in Principia Iuris: the thesis asserts that (neo) constitutionalism is pre-modern law. Not only is there a deep structural and functional similarity between pre-modern law and the law of the constitutional state of law but also this similarity indicates that in the law of the constitutional state of law, rather than progress towards a legal system morally superior to the legislative state of law, there is a return to pre-modern law. A return, in other words, to a law deeply hostile to popular self-government, friendly to the government of a judicial elite and, ultimately, functional to a society where genuine equality of human beings moves away from the horizon of our regulatory utopias.

Keywords: neoconstitucionalism, constitutionalism, pre-modern law, Fernando Atria, Luigi Ferrajoli

RESUMEN

Sostendré aquí una tesis que desafía abiertamente el paradigma constitucionalista defendido por Luigi Ferrajoli en Principia Iuris: la tesis afirma que el (neo) constitucionalismo es derecho premoderno. No solo hay una profunda semejanza estructural y funcional entre el derecho premoderno y el derecho del estado constitucional de derecho. Esta semejanza nos indica además que en el derecho del estado constitucional de derecho, antes que un progreso hacia un sistema jurídico moralmente superior al estado legislativo de derecho, hay un retorno al derecho premoderno. Un retorno, en otras palabras, a un derecho profundamente hostil al autogobierno popular, amigable con

el gobierno de una élite judicial y, en última instancia, funcional a una sociedad donde la genuina igualdad de los seres humanos se aleja en el horizonte de nuestras utopías regulativas.

Palabras clave: neoconstitucionalismo, constitucionalismo, derecho premoderno, Fernando Atria, Luigi Ferrajoli.

SUMÁRIO

INTRODUCCIÓN; 1 EL PARADIGMA CONSTITUCIONALISTA SEGÚN FERRAJOLI; 2 LA CRÍTICA DE ATRIA; CONCLUSIÓN; REFERENCIAS

INTRODUCCIÓN

Sostendré aquí una tesis que desafía abiertamente el paradigma constitucionalista defendido por Luigi Ferrajoli en *Principia Iuris*. Según Ferrajoli el actual estado constitucional de derecho constituye un progreso moral respecto del estado legal de derecho vigente en las democracias liberales occidentales durante el siglo XX. Aunque mi posición no es estrictamente *mía* (ha sido defendida explícitamente por Fernando Atria en su libro *La Forma del Derecho*), trataré aquí de presentarla bajo un ángulo de refracción propio. El desafío en cuestión afirma que el (neo)constitucionalismo¹ es derecho premoderno.² Es posible, a los fines de precisarla, dividirla en dos. Primero, una tesis descriptiva: hay una profunda semejanza estructural y funcional entre el derecho premoderno y el derecho del estado constitucional de derecho. Segundo, una tesis normativa: en el derecho del estado constitucional de derecho, antes que un progreso hacia un sistema jurídico moralmente superior al estado legislativo de derecho hay un retroceso, un retorno al derecho premoderno, es decir, a un derecho profundamente hostil al autogobierno popular, amigable con el gobierno de una élite judicial y, en última instancia, funcional a una sociedad donde la genuina igualdad de los seres humanos antes que aproximarse se aleja en el horizonte de nuestras utopías regulatorias.

La pregunta que idealmente debería responder este trabajo entonces es si la tesis atriana es verdadera o falsa y presentar y evaluar las vías que debería transitar la argumentación requerida para verificarla o refutarla; determinar, en otros términos, si es posible demostrar con buenas razones que el estado constitucional de derecho es o no derecho premoderno y si, dada nuestra realidad social, implica o no un retroceso moral. Si la tesis atriana fuera verdadera la defensa del (neo)constitucionalismo emprendida por Luigi Ferrajoli en *Principia Iuris* y que

¹ Mientras Luigi Ferrajoli habla de constitucionalismo, Fernando Atria habla de neoconstitucionalismo. A mi juicio se están refiriendo al mismo fenómeno. De modo que uso los paréntesis para el prefijo de modo de captar al mismo tiempo ambas expresiones.

² ATRIA, Fernando, *La Forma del Derecho*, Madrid, Abeledo Perrot, 2016, p. 69.

presentaré en breve, sería a todas luces falsa. Afortunadamente para mí, el trabajo teórico requerido para ofrecer una respuesta acabada a esta pregunta es imposible de ensayar en estas pocas páginas, de modo que me limitaré a presentar esquemáticamente algunas líneas argumentales que espero encuentren mejor oportunidad para ser desarrolladas.

1 EL PARADIGMA CONSTITUCIONALISTA SEGÚN FERRAJOLI

Paso ahora a presentar el problema que hace inteligible tanto el desafío como la pregunta. Reconstruiré la posición de Ferrajoli de modo que se vea por qué el desafío presentado arriba como plausible es contradictorio con el pensamiento del neoilustrado italiano.

Siguiendo desarrollos anteriores³ en *Principia Iuris*⁴ Ferrajoli distingue tres paradigmas o modelos de derecho conectados a tres experiencias históricas y a tres filosofías del derecho (también se refiere a tres tipos de razón jurídica, sustancial, formal, e instrumental en cuanto a fines, cuyo análisis no emprenderé aquí). Me refiero al (iusnaturalista) derecho jurisprudencial del antiguo régimen, al (paleo-iuspositivista) estado legislativo de derecho propio del proyecto moderno e ilustrado y al actual, no del todo instalado pero ya en crisis, (neo-iuspositivista) estado constitucional de derecho. Hasta aquí tenemos, primero, una tesis de tipo empírico-histórica: así ha evolucionado de hecho el derecho occidental. Y segundo, una tesis conceptual que afirma que estos tres modelos son un reflejo teórico adecuado, ie, que destacan las principales características de esas tres experiencias históricas. Pero Ferrajoli agrega una tercera tesis de carácter normativo: El paso de un paradigma a otro está caracterizado por “una creciente complejidad de las normas de producción jurídica”⁵ y de hecho el constitucionalismo es un “perfeccionamiento” del paleopositivismo propio del estado legislativo de derecho.⁶ Y esto tanto desde el punto de vista estructural como desde el moral: al someter el contenido de la ley a las limitaciones sustantivas contenidas en las constituciones, al agregar, en otras palabras, un nuevo criterio de validez, se garantizaría el respeto a los derechos fundamentales de un modo que no estaba al alcance del viejo modelo legalista: El estado constitucional de derecho es, en consecuencia, el mejor de los tres modelos.

³ FERRAJOLI, Luigi, Pasado y futuro del estado de derecho, *RIFP*, 17, (2001), pp. 31 - 45.

⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris*, Madrid, Trotta, 2011, T. 2, p. 31 - 46.

⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris*, Madrid, Trotta, 2011, T. 2, p. 32.

⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris*, Madrid, Trotta, 2011, T. 2, p. 43.

Según Ferrajoli el rasgo característico del derecho premoderno es que es inmediatamente sustantivo: que una norma existe por su contenido, considerado intrínsecamente justo, razonable. El derecho moderno en cambio se caracteriza por el principio de legalidad formal: una norma existe y es válida únicamente por la forma legal de su producción, con independencia de su contenido. El rasgo específico del constitucionalismo jurídico, por su parte, es el *agregado* de un principio de legalidad sustancial conforme al cuál una norma es válida, además de vigente, sólo si sus contenidos no contrastan con las normas sustantivas contenidas en la constitución. Tenemos entonces una evolución o, incluso, una dialéctica: Un primer momento sustancial, un segundo momento formal y un tercero formal-sustancial.

A su entender, el paso de un momento a otro se caracteriza por cuatro cambios en 1) la naturaleza del derecho, 2) la jurisdicción, 3) la ciencia jurídica y 4) la relación entre ciencia jurídica y filosofía política.⁷ Me centraré en los primeros tres.

En cuanto a la primera mutación, 1) si en el antiguo régimen lo que era derecho dependía de lo que era (a los ojos del juez) justo, ahora depende de lo que diga la voluntad del estado (mera legalidad). 2) si el rol del juez era declarar lo justo conforme a la tradición heredada (la costumbre, la doctrina de los juristas), ahora debe declarar si se dan los presupuestos fácticos establecidos en la ley y por lo tanto si debe seguirse la consecuencia jurídica allí fijada. 2) consecuentemente la ciencia jurídica pasa de ser inmediatamente normativa (consistía en la sabiduría de los doctores sobre lo que es justo) a puramente descriptiva de los contenidos legales establecidos por el legislador.

En cuanto a la segunda mutación, el paso del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho, 1) la validez de las leyes no depende ahora sólo de la forma de producción sino de la coherencia de sus contenidos con principios constitucionales sustantivos, 2) de aquí que el juez ya no está acrítica e incondicionadamente sujeto a la ley sino, sobre todo, a la constitución, y por lo tanto aplica la ley sólo si es constitucionalmente válida. 3) la ciencia jurídica deja de ser meramente descriptiva para pasar a ser “crítica y proyectiva”: en virtud del desnivel entre constitución y ley, el jurista debe detectar los vicios legales (lagunas y antinomias) y proponer correcciones.

⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris*, Madrid, Trotta, 2011, T. 2, p. 33 - 37)

2 LA CRÍTICA DE ATRIA

Pasemos ahora a revisar la crítica atriana y su plausibilidad. Según Atria, el ocultamiento del retorno a un derecho premoderno implicado por la segunda mutación, ie. el neoconstitucionalismo, opera gracias a un cambio de palabras en el discurso de Ferrajoli.⁸ Esto es evidente, me parece, en el caso de la ciencia del derecho: antes era “normativa”, ahora es “crítica y proyectiva”. Es cierto, ahora la normatividad de la ciencia jurídica partiría de *su lectura* de las exigencias de *principia iure et in iure*, ie., puestos. Aquí habría una diferencia radical con el derecho premoderno que partiría de principios morales suprapositivos. Pero estos principios tienen una diferencia estructural con las normas legales (el derecho puesto por excelencia). Esta diferencia explica tanto la similitud de funciones entre las ciencias jurídicas constitucionalistas y las premodernas como la semejanza estructural entre ambos derechos. Primero, a mi juicio al menos (y sin duda a juicio de Atria), no es cierto que, tal como Ferrajoli piensa “los vínculos de contenido impuestos por las reglas semánticas (constitucionales) a los significados de los actos normativos producidos (legales) *suelen ser*, por su significado más indeterminado, menos rígidos que los empíricamente más determinados requisitos de forma impuestos por las reglas sintácticas (que determinan la vigencia de una norma en el modelo constituconalista).”⁹ Por el contrario, esta indeterminación de los conceptos constitucionales que confieren derechos es uno de sus rasgos necesarios, constitutivos.

Sobre este último punto Atria sostiene que esto no sólo es así sino que también es deseable, necesario, pues “la idea de derechos fundamentales tiene una función estrictamente constitucional, constituyente.”¹⁰ Los conceptos constitucionales (y los derechos fundamentales que imponen límites sustantivos a la ley son casos típicos del uso de tales conceptos) tienen por función esencial y primaria constituir una comunidad política, un *nosotros* que se reconoce como tal justamente por referencia a esos textos.

[...] una comunidad política se define por su compromiso con ciertos conceptos políticos: por ejemplo dar a cada uno lo suyo (justicia), tratar a todos con igual consideración (igualdad), ordenar las interacciones sociales de modo que cada uno pueda ser el autor de su propia biografía (libertad).¹¹

⁸ ATRIA, Fernando, *La Forma del Derecho*, Madrid, Abeledo Perrot, 2016, p. 69.

⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris*, Madrid, Trotta, 2011, T 1, p. 469. Lo agregado entre paréntesis y lo resaltado en cursivas es mío.

¹⁰ ATRIA, Fernando, *La Forma del Derecho*, Madrid, Abeledo Perrot, 2016, p. 274.

¹¹ ATRIA, Fernando, *La Forma del Derecho*, Madrid, Abeledo Perrot, 2016, p. 275.

Pero si esto es así, si hemos de constituir una comunidad política usando estos conceptos constituyentes a los que llamamos derechos fundamentales, y dada la existencia de desacuerdos profundos al interior de la comunidad sobre el significado último, sobre el contenido de ideas tales como justicia, igualdad, libertad, etc., si queremos tener una comunidad, no podemos poner en el documento que la constituye como tal sino términos que funcionen como paraguas que nos incluyan, nos protejan a todos, a todos los que estamos en desacuerdo pero sin embargo queremos constituir un pueblo.¹² Los conceptos constitucionales, derechos fundamentales incluidos, no meramente, tal como sostiene Ferrajoli, suelen ser indeterminados: lo son necesariamente. De lo contrario no podríamos constituir un pueblo por referencia a esos conceptos. Es decir, confundiríamos la constitución con meras leyes constitucionales.¹³

La consecuencia de esto, sin embargo, es que los conceptos políticos no aparecen en el conflicto político normal: el conflicto político normal es el conflicto sobre cómo hemos de entender nuestros conceptos comunes (es decir, sobre concepciones). El que no comparte nuestros conceptos no participa de nuestras prácticas políticas.”¹⁴

En otras palabras, sin la mediación institucional (sin la ley que especifique qué ha de entenderse en cierta clase de casos por igualdad, derecho a la educación, a la salud, etc.) los conceptos constitucionales, como los conceptos morales y políticos en general, son conceptos polémicos. Esta dimensión polémica de los conceptos constitucionales aparece en la plasticidad del lenguaje constitucional: la notoria facilidad con la que es posible leer en el texto constitucional distintos programas políticos (Lochner y Brown -o en, para el caso argentino,

¹² En su famoso libro *Homo Deus*, Yuval Noah Harari presenta la idea aquí defendida en términos transparentes pero referidos a una cuestión diferente aunque relacionada: las condiciones de funcionamiento de la democracia. Allí señala la imposibilidad de la democracia para resolver el conflicto árabe-israelí y similares. No se puede resolverlo, indica, haciendo que ocho millones de israelíes trescientos cincuenta millones de árabes voten al respecto. Los israelíes claramente no se sentirían obligados por el resultado de esas elecciones. ¿Por qué no? Porque estamos ante dos pueblos no solo diferentes sino antagónicos. Y sobre el punto afirma. “la gente únicamente se siente comprometida por las elecciones democráticas cuando comparte un vínculo básico con la mayoría de los demás votantes. Si la experiencia de otros votantes me es ajena, y creo que no entienden mis sentimientos y no les importan mis intereses vitales, no tendré en absoluto ninguna razón para aceptar el veredicto si pierdo la votación, aunque sea por cien votos a uno. *Por lo general las elecciones democráticas funcionan en el seno de poblaciones que ya comparten algún vínculo, como creencias religiosas y mitos nacionales comunes. Son un método para zanjar desacuerdos entre personas que ya están de acuerdo sobre cosas básicas.*” HARARI, Yuval Noah, *Homo Deus*, Debate, 2017, p. 279. El resaltado es mío.

¹³ Sobre la distinción schmittiana entre constitución y leyes constitucionales puede verse ATRIA, Fernando, *La Forma del Derecho*, Madrid, Abeledo Perrot, 2016, pp. 277 - 284.

¹⁴ ATRIA, Fernando, *La Forma del Derecho*, Madrid, Abeledo Perrot, 2016, p. 275.

Arriola y Montalvo- son lecturas del mismo texto).”¹⁵ En otros términos, no hay una diferencia suficientemente significativa entre decidir qué es lo justo (lo correcto, lo que va en el interés de todos) y decidir qué es conforme a la constitución. Y esto tanto para el ciudadano como para el juez: no puede decirse que un tribunal constitucional aplique *imparcialmente* normas constitucionales a un caso particular. Siendo un tribunal un órgano que ejerce jurisdicción, y siendo la jurisdicción la decisión imparcial de casos particulares por aplicación de normas justificadas, un tribunal constitucional no es un tribunal.

Pensemos en derechos tales como el derecho a la libertad, a la igualdad, a la educación, al trabajo, etc. Siempre dan lugar a interpretaciones amplias o estrictas, ambas compatibles con el texto. Cuál sea la interpretación correcta, y por lo tanto el límite impuesto a la ley infraconstitucional depende necesariamente de argumentos morales. Tal como sostuvo Ronald Dworkin, la jurisdicción constitucional no puede sino fundarse en el reconocimiento de que la interpretación constitucional es la búsqueda de la mejor “lectura moral” de la constitución.¹⁶

Si esto es así, entonces el derecho (neo)constitucionalista es un derecho que vale porque se corresponde con criterios de justicia, como en el antiguo régimen. De aquí que cambie también la función del juez, quien sólo declarará la validez de la ley si se corresponde con (su interpretación de) los principios morales contenidos en la constitución: como en el antiguo régimen *veritas, non autoritas, facit legem*. Para colmo, la nuestras, a diferencia de las del antiguo régimen, son sociedades donde el desacuerdo moral se da por hecho, lo que convierte en polémica, política, la decisión del juez sobre el contenido moral de la constitución, politizando así la justicia.

CONCLUSIÓN

He ofrecido aquí una reconstrucción de la tesis de Atria de modo de hacer verosímil la idea de que el derecho (neo)constitucionalista es derecho premoderno. Si la lectura de la constitución es necesariamente moral y necesariamente polémica, la tesis de Ferrajoli según la

¹⁵ ATRIA, Fernando, *La Forma del Derecho*, Madrid, Abeledo Perrot, 2016, p. 281. Lo agregado entre guiones es mío.

¹⁶ DWORKIN, Ronald, *Freedom’s Law, The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 2.

cual el paradigma (neo)constitucionalista implicaría un progreso en la moralidad de nuestras instituciones políticas es todo menos obvia: lo que habría en realidad es una transferencia de poder del pueblo a los jueces, a una elite que pretendería de nuevo el monopolio de la interpretación moral, esta vez no de la Biblia ni de la costumbre, sino de la constitución.

REFERENCIAS

ATRIA, Fernando, *La Forma del Derecho*, Madrid, Abeledo Perrot, 2016.

DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law, The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996

FERRAJOLI, Luigi, Pasado y futuro del estado de derecho, *RIFP*, 17, (2001), pp. 31 - 45.

FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris*, Madrid, Trotta, 2011.

HARARI, Yuval Noah, *Homo Deus*, Debate, 2017

Artigo convidado

COMO FAZER REFERÊNCIA AO ARTIGO (ABNT):

IOSA, Juan Francisco. (Neo) constitucionalismo: ¿progreso o retorno? Un análisis del paradigma neoconstitucionalista en la obra de Luigi Ferrajoli a la luz de algunas críticas de Fernando Atria. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 14, n. 3, e41742, set./dez. 2019. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369441742> . Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/41742> Acesso em: dia mês. ano.

Direitos autorais 2019 Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM

Editores responsáveis: Rafael Santos de Oliveira e Angela Araujo da Silveira Espindola



Este obra está licenciado com uma Licença [Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

SOBRE O AUTOR

JUAN FRANCISCO IOSA

Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y profesor de Teoría de la Argumentación