

# UNA RESPUESTA “FRAGMENTARIA” EN RELACIÓN CON ALGUNOS ELEMENTOS DEL CONSTITUCIONALISMO

FRANCISCO JAVIER **ANSUÁTEGUI ROIG**



Una respuesta “fragmentaria” en relación con algunos elementos del constitucionalismo

A “Fragmentary” Response in Relation to Some Elements of Constitutionalism

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

Professore ordinario, Università Carlos III, Madrid.

E-mail: [fcojavier.ansuategui@uc3m.es](mailto:fcojavier.ansuategui@uc3m.es)

#### ABSTRACT

En el texto se subrayan, a partir de los comentarios al libro *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modelo giuridico*, algunas dimensiones del constitucionalismo que son relevantes desde el punto de vista iusfilosófico: la relación entre el Derecho y la moral, la actividad y funciones del juez, y la posición central de los derechos en el modelo constitucional y en el proyecto cosmopolita.

The paper highlights, based on the comments to the book *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modelo giuridico*, some dimensions of constitutionalism that are relevant from an iusphilosophical point of view: the relationship between law and morality, the activity and functions of the judge, and the central position of rights in the constitutional model and in the cosmopolitan project.

#### KEYWORDS

constitucionalismo, moral, poder, interpretación, derechos

constitutionalism, morality, power, interpretation, rights

# Una respuesta “fragmentaria” en relación con algunos elementos del constitucionalismo

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

Cuando apreciados colegas dedican parte de su tiempo a leer y a comentar lo que uno ha escrito, surge un obligado sentimiento de gratitud. Las aportaciones y comentarios de Maurizio Fioravanti, Valeria Giordano, Tommaso Greco, Francesco Mancuso y Giorgio Pino, me han ayudado a identificar dimensiones del libro y de los planteamientos que en él se incluyen de las que no había sido lo suficientemente consciente, o que pensaba que no necesitaban ulterior explicación. En todo caso, me siento afortunado por el hecho de haber recibido esta invitación a seguir pensando sobre temas a los que me llevo dedicando desde hace años.

De la misma manera que me sentí halagado cuando hace algún tiempo Marina Lalatta y Francesco Riccobono me propusieron la publicación del libro. La idea me obligó a identificar algunas líneas de continuidad y alguna lógica compartida en escritos que habían sido publicados de manera dispersa e independiente. Lo que me llamó la atención en aquella ocasión fue constatar que, aunque no fuera plenamente consciente de su existencia, esas líneas de continuidad estaban ahí. De manera que se podía hablar de unos fragmentos, de los elementos de un discurso sobre el Derecho que trasciende a esas unidades originarias, discurso necesariamente incompleto en tanto que susceptible de ser sucesivamente complementado. Con esto quiero decir que, evidentemente, los temas contenidos en el libro no agotan aquello que es relevante para la filosofía del Derecho en el escenario constitucionalista; pero en todo caso, todo lo que se incluye en el libro es de relieve iusfilosófico.

El libro se inserta en una dinámica de colaboración y trabajo conjunto con muchos colegas italianos, iniciada hace ya tiempo. Y que hunde sus raíces en la Escuela a la que pertenezco, la de Gregorio Peces-Barba, que a su vez no puede entenderse sin ser bien consciente de las relaciones personales y académicas que aquel estableció con Norberto Bobbio<sup>1</sup>. Gran parte de mi formación iusfilosófica ha estado relacionada con el debate doctrinal italiano, que he intentado seguir de cerca, a partir de 1993, hace ya muchos años, cuando me trasladé al Instituto Universitario Europeo para desarrollar una estancia postdoctoral bajo la tutoría de Massimo La Torre.

En todo caso, este *focus* es el enésimo regalo que me hacen los colegas italianos. Por ello, agradezco a Francesco Mancuso la idea inicial. Y a Giorgio Pino, Aldo Schiavello y Giorgio Maniaci la publicación en *Diritto e Questioni Pubbliche*. Y al mismo tiempo es un recordatorio del hecho de que la distinción bobbiana entre los afectos y los conceptos no debe ser entendida como una antítesis. En los distintos comentarios sobre el libro hay afectos y conceptos.

Pues bien, organizaré mi escrito en torno a grandes cuestiones, en las que se coincide en algunas de las intervenciones o que me parecen especialmente relevantes. Soy consciente de que seré injusto o ingrato porque no podré abordar todos los matices y aportaciones en su riqueza. Distinguiré, por tanto, algunos temas, en un discurso en el que serán inevitables reenvíos internos.

\* \* \*

El escenario constituido por el constitucionalismo<sup>2</sup> permite abordar los problemas clásicos de la filosofía del Derecho, que se presentan con una luz nueva. Pensemos, por ejemplo, en el tema de

<sup>1</sup> Relaciones que se observan en la correspondencia entre ambos, de inminente publicación: Vid. BOBBIO, PECES-BARBA (en prensa).

<sup>2</sup> No me detengo en este momento en las distintas formas de comprender el constitucionalismo de los derechos (un tipo de Estado, de ordenamiento, una cultura jurídica, o una teoría del Derecho) a las que se ha referido PINO 2017, 29-34.

la validez o en la presencia de principios, a los que se refiere Giorgio Pino. En las distintas aportaciones también se reflexiona sobre otros temas “clásicos” como son los que tienen que ver con la interpretación y el papel del juez, con las relaciones que el Derecho establece con la moral y con el poder respectivamente, por ejemplo.

Esto me ratifica en algunas cuestiones que de alguna manera constituyen el punto de partida de mi propuesta. En primer lugar, el hecho de que el constitucionalismo constituye un magnífico laboratorio para la filosofía del Derecho. Con ello quiero decir que constituye un escenario en el que se reproducen, en ocasiones con perfiles nuevos, los temas tradicionales de la filosofía del Derecho, operándose una reformulación y revisión de tesis y de planteamientos clásicos. En otro lugar he defendido la tesis de que la tensión entre razón y voluntad se presenta como el gran problema de la filosofía del Derecho<sup>3</sup>. A través de dicha tensión podemos identificar las dos dimensiones del Derecho, la de la voluntad y la de los criterios de racionalidad, de corrección, a los que pretendemos someter esa voluntad y a través de los cuales procedemos a su evaluación moral. Los que consideramos temas o cuestiones “clásicas” de la filosofía del Derecho pueden ser analizadas desde la óptica de esa tensión, como manifestaciones específicas de la misma. Pues bien, en el caso concreto del modelo constitucional, la tensión característica del mismo, aquella que se produce entre las mayorías y los derechos, entre el legislador y el juez, puede ser analizada desde la óptica de aquella tensión más general.

En segundo lugar, la convicción sobre la relevancia del carácter histórico del Derecho, de los modelos jurídico-políticos, y de la reflexión que se desarrolla en relación con ellos y a partir de ellos<sup>4</sup>. Reconocer esta dimensión histórica nos permite comprender adecuadamente el sentido del constitucionalismo y del modelo del Estado constitucional. Y, al mismo tiempo, de los problemas y retos que se plantean en su interior: desde la evolución de la percepción que se tiene de la creación judicial del Derecho (a la que se refiere Giorgio Pino), pasando por la sucesión de modelos de garantías de los derechos (teorizados por Maurizio Fioravanti<sup>5</sup>) hasta la tendencia expansiva que conduce –o debiera conducir– al constitucionalismo en la dirección del cosmopolitismo (cuestión abordada por Tommaso Greco).

En el libro se presentan “fragmentos” de un modelo jurídico. Estos fragmentos, de diversa naturaleza, se refieren a la dimensión teórica del modelo, o a algunas dimensiones de su funcionamiento efectivo (a su vez respaldadas por propuestas teóricas). Si tuviera que elegir algunos de estos fragmentos a los que se hace referencia en las diversas aportaciones, y que forman parte de esas cuestiones básicas de la filosofía del Derecho, en esta ocasión en la versión definida por el constitucionalismo, posiblemente tendría que poner de relieve el problema de la relación entre el Derecho y la moral, y el problema de la posición y actividad del juez. A ellas me referiré a continuación.

\* \* \*

En relación con la primera de ellas, el comentario de Tommaso Greco me obliga a efectuar una serie de matices y aclaraciones. En el libro se defiende una comprensión sustancial o material del Estado de Derecho. Esa es la base que permite posteriormente una caracterización del Estado

<sup>3</sup> Vid. ANSUATEGUI ROIG 2013.

<sup>4</sup> Me he referido a la cuestión en ANSUATEGUI ROIG 2018.

<sup>5</sup> Es ésta una buena ocasión para agradecer de modo especial el comentario de Maurizio Fioravanti, que me honra. Falleció el 19 de agosto de 2022. Puedo sospechar que, posiblemente, el comentario sobre mi libro (y que aparece póstumo) fue uno de los últimos textos que escribió. La última vez que compartí espacio académico con él fue en Padova, el 12 de mayo de 2022, en un seminario sobre constitucionalismo y positivismo en Bobbio y Matteucci, organizado por Costanza Margiotta. Durante muchos años, aprendí mucho de sus escritos sobre la historia del constitucionalismo. Algunos de las ideas básicas de mis escritos reunidos en el libro beben de sus aportaciones: la concepción del significado del constitucionalismo como filosofía sobre los límites al poder, sus modelos históricos, y los distintos modelos de constitución en su transformación histórica.

constitucional en términos de evolución o transformación, y no de esa ruptura que parece adivinarse en la alusión que Gustavo Zagrebelsky hace al “cambio genético” que él constata entre el Estado de Derecho y el Estado constitucional. Pues bien, soy consciente de que de una comprensión sustancial o material del Estado de Derecho se derivan implicaciones: no solo respecto a la ya señalada relación entre Estado de Derecho y Estado constitucional, sino al problema de la relación entre el Derecho y la moral.

Refiriéndose al concepto sustancial de Estado de Derecho, Tommaso Greco plantea el problema de la admisibilidad de una definición tan valorativa de una noción que normalmente viene empleada de forma avalorativa. Y al respecto propone el ejemplo de Kelsen. La verdad es que no estoy seguro de que en términos generales la noción de Estado de Derecho se presente generalmente en términos avalorativos, neutros por tanto. Posiblemente el caso de Kelsen sea una excepción; excepción que por otra parte tiene sentido en el marco de una teoría pura del Derecho (que, por cierto –y aunque ello suene banal–, no debe confundirse con una teoría del Derecho puro, puesto que el Derecho nunca es puro, si por pureza entendemos la ausencia de contenidos sustantivos o morales por ejemplo, con independencia del juicio que nos merezcan esos contenidos en su significado concreto). Otra posibilidad que nos permitiría hablar de avaloratividad en relación con el Estado del Derecho sería pensar en una concepción como la del *rule of law*, que en alguna de sus versiones ofrece una caracterización moral (si bien de ella se derivan consecuencias sustantivas)<sup>6</sup>. En todo caso, me parece innegable el hecho de que el concepto de Estado Derecho, más allá de que se profundice en sus dimensiones formales o materiales, tiene una clara y determinada connotación; presenta una dimensión emotiva y una carga valorativa positiva. La sola identificación de un modelo jurídico como un Estado de Derecho invita a una valoración positiva del mismo; valoración positiva que posteriormente tendrá que ratificarse o no a partir del examen de su efectivo funcionamiento.

Del problema de la dimensión valorativa, o de su ausencia, del concepto de Estado de Derecho, Tommaso Greco extrae consecuencias que van más allá de la caracterización de un determinado modelo jurídico político, y que afectan a la conceptualización misma del Derecho. En efecto, se pregunta si un modelo que no incluye los contenidos que permiten identificar al Estado de Derecho (es decir los derechos) es un *Estado de no Derecho*. Con ello, parece plantear la hipótesis según la cual sin esos contenidos (morales) no se puede hablar de Derecho. De esta manera se afectaría de forma directa a la posición que se mantenga en el tema de la relación entre el Derecho y la moral. Pero, en realidad, ese modelo en relación con el cual Tommaso Greco se pregunta si sería un Estado de no Derecho, sería simplemente un modelo de Estado que no se ajusta a una determinada concepción del Estado de Derecho. Y no es necesario ir más allá. Como mucho, se podría hablar de un *Estado no de Derecho*.

En realidad, la cuestión que está en el fondo de esta reflexión es que hablar de Estado de Derecho implica hablar de un determinado tipo de Estado, lo cual parece claro. Pero también implica, y esto es lo importante, hablar de un determinado tipo de Derecho. Cuando se piensa en el Derecho del Estado de Derecho se está pensando en un modelo jurídico particular, protagonizado por los derechos, es decir por un determinado discurso moral. No se está pensando en “el” concepto de Derecho, sino en “un” modelo de Derecho, caracterizado de una determinada manera. Soy consciente de que proponer un concepto material o sustancial de Estado de Derecho implica desenvolverse en un plano prescriptivo, es decir propone un modelo teórico que actúa como referencia para identificar determinados modelos prácticos y, además, para evaluarlos críticamente. Es decir, se está proponiendo un concepto valorativo tanto del Estado de Derecho, como del Derecho del Estado de Derecho.

<sup>6</sup> Vid. BINGHAM 2011; TAMANAHA 2004.

No creo que dicha propuesta ponga en riesgo la avaloratividad con la que el positivismo (pienso en el positivismo metodológico hartiano) aborda la relación entre el Derecho y la moral. Dado que Tommaso Greco (también Giorgio Pino y Valeria Giordano) me sitúa en el ámbito del positivismo, esa propuesta constituiría una incoherencia o una contradicción en mi discurso. Pero, como acabo de señalar, una cosa es hablar del concepto de Derecho en el ámbito de la teoría del Derecho y otra cosa es hablar de la configuración del Derecho en el interior de un modelo concreto y específico (como aquel al que nos estamos refiriendo cuando hablamos de Estado de Derecho). Afirmar que el Derecho del Estado de Derecho es el Derecho de los derechos, (por tanto, un Derecho con contenidos que lo diferencian desde el punto de vista sustancial), no quiere decir que todo Derecho (cualquier manifestación de la experiencia jurídica) se reconduzca a ese modelo. El concepto de Derecho que yo estaría dispuesto a defender asume la posibilidad de una aproximación avalorativa al mismo: un Derecho que se puede identificar en términos de neutralidad; es decir, sin hacer depender la identificación del mismo de su evaluación moral. Pero eso no debería ser incompatible con la afirmación de que hay específicos modelos de Derecho caracterizados no por la mera presencia de contenidos morales, sino de específicos contenidos morales. Por cierto, que esa especificidad es compatible, al mismo tiempo, con la constatación del carácter *sfocato*, borroso, difuminado de los perfiles del Derecho del constitucionalismo en su interacción y diferenciación respectiva con otros sistemas normativos.

Por tanto, el Derecho que incluye determinados contenidos morales es el del Estado de Derecho. Precisamente por eso lo consideramos el “buen” Derecho. Pero, reitero, el hecho de que cuando hablamos de Derecho, de un lado, y cuando hablamos del Derecho del Estado de Derecho, de otro lado, nos situemos en niveles discursivos diferentes es lo que hace que podamos rescatar la neutralidad en la definición del Derecho, situados entonces en el primer caso en el ámbito de la Teoría del Derecho y preocupados por la conceptualización del Derecho como fenómeno normativo. La tesis de la separabilidad entre el Derecho y la moral se muestra operativa en el plano de la teoría del Derecho y no en el discurso identificativo, explicativo y justificativo de un determinado modelo de Derecho, que es el que se encuentra en el interior del Estado de Derecho.

De manera que entre las dos alternativas que derivarían de la interpretación que hace Tommaso Greco de mi posición, yo me quedaría con la segunda. En efecto, Tommaso Greco señala que o se abandona el positivismo jurídico, o se admite que la “defensa” del Estado de Derecho constitucional implica que, al menos en ese caso, estamos en el plano normativo. En relación con un supuesto abandono del positivismo jurídico, tengo que confesar que, en su caso, tampoco me parecería tan grave. Y ello, al menos por dos razones: en primer lugar, por mi creciente escepticismo en relación con el abuso de etiquetas en el ámbito de la filosofía del Derecho y en particular en el de la teoría del Derecho<sup>7</sup>. Si la elaboración de tesis claras que permitan entender mejor el sentido de ese fenómeno normativo que, en términos culturales, entendemos como Derecho, pasa por el abandono de determinados postulados que tradicionalmente, y de manera convencional, se han atribuido al positivismo, creo que estamos frente a un gravamen que se puede pagar. Por otra parte, una visión de la teoría y la filosofía del Derecho contemporánea (me atrevería a decir que al menos desde Hart) muestra que posiciones que tradicionalmente estaban bien marcadas y por tanto diferenciadas, hoy no lo están tanto<sup>8</sup>. Pensemos en las reformulaciones internas que se han desarrollado desde las filas del positivismo. De manera que, posiblemente, tampoco sea tan importante ser positivista, o dejar de serlo. En todo caso, no hay problema en afirmar que la defensa del modelo constitucional nos sitúa en el ámbito normativo. Haciendo un inciso, tengo que decir que antes que de “defensa” del modelo, habría que hablar de “explicación” del mismo. Posiblemente Tommaso Greco tiene razón a la hora de identificar en mi discurso alguna línea argumentativa que se puede considerar como

<sup>7</sup> Me he referido a la cuestión en ANSUATEGUI ROIG 2018b.

<sup>8</sup> Vid. LA TORRE 2020.

defensora del modelo. Pero en todo caso mi intención no ha sido la de propugnar una defensa directa del modelo, sino la de analizar determinados componentes y problemas del mismo.

Considerar al Derecho del Estado de Derecho y del constitucionalismo como un “buen” Derecho no debe conducir a la sacralización del modelo. Este es un peligro que debe ser evitado. Francesco Mancuso se refiere en su escrito a una cierta deriva que puede concluir en la relación entre constitucionalismo y populismo. Es interesante, en este sentido, reflexionar sobre hasta qué punto la exaltación de conceptos como pueblo o soberanía es compatible con la filosofía limitativa que fundamenta y justifica al constitucionalismo; exaltación que conlleva una posición reduccionista que ignora la complejidad de nuestras sociedades. La gestión de la complejidad, desafío que incumbe al constitucionalismo, implica transacción, negociación; estrategias éstas no siempre propugnadas por el populismo. En todo caso, la constatación de que el modelo constitucional es un modelo óptimo no debe llevar a la confusión entre la constitución y algo parecido a un libro sagrado de naturaleza bíblica. Ciertamente, la localización en la constitución de un coto vedado, de un ámbito de lo indecible, puede conducir a esa confusión. En este caso, el modelo constitucionalista mostraría sus dificultades a la hora de gestionar la diversidad y la transformación social. Pero, lo que es más grave, perdería su dimensión crítica, derivada del lugar central que ocupan los derechos: en el adn del constitucionalismo de los derechos encontramos esa no resignación frente a lo existente, que es consustancial al discurso de los derechos. Es interesante, en este sentido, observar la contradicción tendencial entre la dimensión crítica consustancial al discurso de los derechos y el carácter blindado –que en ocasiones dificulta su reformulación– que caracteriza su presencia constitucional. Ese carácter blindado puede ser la expresión más acabada de una arquitectura institucional tendente a proteger determinados contenidos. Pero deberíamos ser bien conscientes de que por muy articulada que sea esa arquitectura, la vigencia del modelo va a depender de la solidez de ese sentimiento popular al que se ha referido Maurizio Fioravanti<sup>9</sup>. El efecto, el funcionamiento efectivo del modelo depende de la existencia de ese sentimiento. Posiblemente, esto es característico de cualquier modelo normativo, pero lo sería de manera más acusada en el marco del constitucionalismo, protagonizado por un Derecho con una muy relevante “densidad moral”<sup>10</sup>.

\*\*\*

En el magnífico laboratorio iusfilosófico constituido con el contexto constitucional, sobresale el problema de la discrecionalidad y de la creación del Derecho por parte del juez, cuestión a la que se refiere de forma extensa Giorgio Pino en su comentario. De la misma manera que el propio Giorgio Pino señala que a partir de un sustancial acuerdo con las tesis que se incluyen en el libro él ha pretendido llevar a cabo un análisis autónomo de la creatividad interpretativa judicial, yo tomo como referencia dicho análisis para continuar con la reflexión sobre la cuestión.

De lo señalado por Pino se puede derivar que el problema de la creación judicial del Derecho puede operar como un elemento diferenciador y distintivo entre el modelo constitucional y otros modelos previos o alternativos. En efecto, en el Estado legislativo las posibilidades discrecionales y creadoras en manos del juez se limitaban o de ocultaban ideológicamente. Por el contrario, en el Estado constitucional esas posibilidades se propugnan y se exaltan.

Pero, en realidad, lo que se produce en el modelo constitucional ¿es una exaltación de esas posibilidades por parte del juez o más bien un reconocimiento de la realidad de las mismas? Creo que optar por alguna de estas posibilidades implica distintas concepciones sobre el funcionamiento

<sup>9</sup> Vid FIORAVANTI 2018. La propuesta de Fioravanti adquiere sentido en el marco de la más general reflexión sobre el sentimiento jurídico ofrecida por IHERING 2008 en la conferencia pronunciada en la Sociedad Jurídica de Viena en 1884.

<sup>10</sup> Densidad, expresada a través de valores y principios, que es el objeto de críticas como las de SCHMITT 2010; y las más recientes de CARRINO 2019.

del Derecho. Porque una cosa es reconocer que algo existe necesariamente en el Derecho, en este caso la discrecionalidad y la creación judicial, pero que por razones teóricas o ideológicas se oculta; y otra diferentes es negar la existencia de esa dimensión, que aparecería novedosa en el modelo constitucional. Pues bien, creo que hay razones para decantarse en favor de la primera opción.

La cuestión dista en realidad mucho de ser novedosa. Pero, además, muestra que los modelos jurídicos se pueden explicar no sólo a través de la relación que se establece entre normas (constitución y ley), sino también entre operadores jurídicos (juez y legislador). En el caso del constitucionalismo, existe una transformación en el sistema de fuentes que tiene como consecuencia una alteración de la relación entre operadores jurídicos; alteración debida a dos elementos: la morfología del sistema y las funciones que el sistema atribuye a los distintos operadores jurídicos. En relación con la primera cuestión, parece evidente que el Derecho del constitucionalismo, abierto en sus formulaciones y con una densidad normativa moral relevante, facilita (o, más bien, exige) un tipo de razonamientos argumentativos y de actividades creadoras que en otro escenario no se reconocen al juez. Giorgio Pino señala que vincular la discrecionalidad interpretativa del juez y el Estado constitucional es una simplificación. Si a lo que se refiere es a que la discrecionalidad del juez no existe sólo en el modelo constitucional, estaría de acuerdo con él. En todo caso es cierto que el vínculo es estrecho; pero también lo es que la posición del juez no depende sólo de la estructura normativa del Estado de Derecho constitucional. Ello, con independencia de que alguno de los factores que señala el propio Pino y que facilitan esa operatividad el juez son propios del modelo constitucional. Pensemos en la apertura a la dimensión supranacional o en la crisis de la capacidad regulativa de la ley.

En relación con la segunda cuestión, la de las funciones, cabe señalar dos aspectos. Por una parte, y es algo que reconoce Maurizio Fioravanti, el juez no ha querido sustituir al legislador. En efecto, el control al que está sometido el legislador no responde a una iniciativa del juez, sino al diseño institucional del modelo, de la misma manera que la previsión de lo indecible tampoco depende de la decisión del juez, si bien es cierto que a él corresponde la identificación de la extensión de ese ámbito en caso de conflicto. Con el peligro, también señalado por Fioravanti, de encontrarnos frente a una “ética colectiva administrada por los jueces”; es decir, aquella situación en la que lo indecible sea gestionado de manera exclusiva por los jueces, excluyendo a la ciudadanía del debate. Cabe recordar el ejercicio de las funciones como árbitro del conflicto en relación con la constitución, si bien cuadran con la lógica limitativa del modelo, no es algo admitido de forma pacífica, siendo bien conocidas las tesis que denuncian el carácter contramayoritario y, por tanto, antidemocrático de la garantía judicial de la constitución. Parece evidente que el desarrollo de la objeción contramayoritaria implica una previa conceptualización de la democracia. Y que la fuerza crítica del planteamiento decrece si se opta por una idea de la democracia sustancial, que incluya el reconocimiento de derechos como un elemento de la democracia, frente a una visión exclusivamente vinculada a la regla de las mayorías. En todo caso, Francesco Mancuso tiene razón a la hora de señalar la “poco justificable confusión entre «contramayoritario» y «antidemocrático»”.

En todo caso, lo que me parece interesante es reflexionar sobre si realmente ha existido un modelo de Derecho en que el juez no haya desarrollada una actividad creadora de Derecho, más allá de lo que señalen determinados postulados teóricos negadores de esa posibilidad. Eliminar cualquier posibilidad –y necesidad– de creación del derecho por parte del juez implicaría asumir la existencia de un Derecho muy perfecto, y de un legislador también muy perfecto. La cuestión es la de saber si, más allá de lo que se diga desde determina dos planteamientos teóricos, ese modelo ha existido alguna vez. En este caso, puede ser interesante reflexionar sobre si algunas tesis defendidas por aquel positivismo que Bobbio identificaba como positivismo teórico, son descriptivas o más bien normativas<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Pensemos, por ejemplo, en el capítulo VI de BOBBIO 1979.



La reflexión sobre la posición del juez en el modelo constitucional es de largo alcance, ya que implica, por una parte, una determinada comprensión de la división de poderes; pero también implica aclarar qué se quiere decir cuando se hace referencia a la creación del Derecho; en definitiva, aclarar en qué consiste interpretar.

Cualquier transformación de la posición del juez en el sistema de fuentes afecta a la división de poderes. La distinción entre creación, –de un lado– e interpretación y aplicación del Derecho –de otro– trasciende su significado estrictamente teórico y se puede vincular al significado de dicho principio de organización del poder. Al plantear la cuestión de la capacidad creadora del juez, no es inusual encontrarnos con el contraargumento de que ello puede significar una negación de la separación de poderes. Conocemos la crítica de Dworkin a la discrecionalidad judicial propugnada por Hart. Lo interesante en este punto es analizar si la concepción clásica de la separación de poderes, la que encontramos en la obra de Montesquieu, puede seguir siendo mantenida en la actualidad, en el contexto caracterizado por una realidad jurídica y política determinada. Existen diversas formas de entender la separación de poderes<sup>12</sup>. El modelo clásico estaba basado en la unidad de institución y función, de forma que cada uno de los tres poderes, realizaba funciones diferentes entre sí, a las que estaban vinculados de manera excluyente. Pero lo que podemos observar hoy es que, de un lado, un mismo poder cumple distintas funciones y, de otro, una misma función es cumplida por distintos poderes. De manera que estamos frente a una transformación de las estrategias a través de las cuales se pretende alcanzar la misma finalidad, que es la de evitar los peligros de la concentración del poder. Por ello, la división de poderes debe entenderse como una separación funcional vinculada a un sistema de frenos y contrapesos entre los poderes. Lo cual no oculta que el hecho de atribuir a los jueces algún tipo de responsabilidad en la estrategia limitativa, es decir, considerarlos un contrapoder, plantea problemas respecto a la concepción tradicional que afirma que su función es la de aplicar la ley sin disponer de un margen de discrecionalidad: el juez que se desenvuelve en el marco del desarrollo de un silogismo no puede significar un contrapoder; y, como es sabido, al mismo tiempo se plantean también las tensiones entre la función de contrapoder del juez y la democracia.

Respecto a la segunda cuestión, lo que se trata de saber es de qué se habla cuando se habla de crear Derecho. En este sentido, me limito en este momento a recordar que la aportación de la teoría del Derecho a la cuestión de la producción normativa puede consistir en el hecho de subrayar la relevancia de la relación entre el Derecho y el Poder como perspectiva a la luz de la cual enfocar la cuestión. En efecto, más allá de la identificación de las genuinas normas jurídicas con aquellas que se caracterizan por su generalidad y abstracción, con la consecuente negación de que los jueces creen Derecho desde el momento en que sus sentencias escapan a esas características, puede ser clarificador recordar que los jueces son poder del Estado de la misma manera que lo es el parlamento. El poder del Estado se manifiesta tanto a través de la ley dictada por el Parlamento como de la sentencia dictada por el juez.

En fin, una determinada respuesta a la pregunta sobre en qué consiste interpretar permite proponer la inexistencia de límites exactos entre la interpretación y la creación, como bien señala Pino. O, dicho de otra manera: todo acto de creación (con la excepción, claro está, de la creación de la norma última del sistema), supone interpretación.

Por otra parte, Pino subraya la relevancia de la labor de argumentación y justificación cuando afirma que la dimensión creadora de la actividad judicial se puede localizar en la motivación y no en la identificación de la norma. No obstante, la norma general y abstracta, si bien le viene dada al juez por parte del legislador, nunca se encuentra definida del todo. El juez, en la definición e identificación de su significado, va a tener que salvar, para comenzar, los problemas de vaguedad y ambigüedad, propios del lenguaje natural a través del cual se expresa el Derecho,

<sup>12</sup> Vid. TROPER 2007.

más allá de resolver posibles problemas de falta de plenitud o de incoherencia. Por eso, la interpretación se puede entender también como una labor de “producción” de normas a partir de un texto o enunciado. El juez tiene ante sí diversas posibilidades interpretativas y en la elección de una de ellas se expresa un protagonismo del juez, que toma una decisión (que, por supuesto, debe estar respaldada por buenas razones a través de la motivación). Pues bien, lo anterior nos permite afirmar que la labor interpretativa y aplicativa del juez no puede ser reducida a la idea de un simple descubrimiento.

\* \* \*

En definitiva, hablar de “Fragmentos” de un modelo jurídico tiene sus riesgos. Maurizio Fioravanti señala acertadamente que por “fragmento” se puede lo que queda después de una explosión, de la destrucción de un objeto. Ese objeto sería, en este caso, un determinado modelo de Ciencia jurídica y de Derecho. Hablar de explosión invita a pensar en una circunstancia traumática, identificable; en un cambio radical. Me parece que este esquema es de complicada aplicación en el ámbito jurídico. Los contrastes entre modelos nunca son radicales; las diferenciaciones respectivas más bien se presentan como el resultado de una lenta transformación, condicionada por elementos del contexto social, político, económico. Esa es la razón, entre otras, por la que los perfiles de los diversos modelos no siempre son fácilmente identificables.

Pero hablar de “fragmentos” puede implicar, además, hacer referencia a las piezas o elementos que adquieren sentido en relación con un modelo, que las trasciende y que debe ser articulado a partir de ellas. Creo que esos son los fragmentos a los que yo me refiero en el libro cuando hablo del Estado constitucional, de la producción normativa, del juez, o de los retos de la universalidad de los derechos. Estamos frente a elementos de una teoría sobre el Derecho del constitucionalismo en el marco de la cual aquellos elementos cobran sentido en una interrelación recíproca. Ese es el modelo jurídico con el que nos toca trabajar en este contexto histórico.

Es un modelo que, más allá de sus tensiones internas, parecería merecer una valoración positiva: es el modelo de los derechos y de la democracia. Pero afirmar esto podría invitar a pensar en un paraíso de los derechos. En efecto, Valeria Giordano nos habla de un paraíso al que no se puede acceder de manera definitiva debido a determinadas dinámicas que tienen que ver con la incertidumbre y la variabilidad que deriva de la morfología del sistema mismo (y que nos obligan a variar nuestros modos tradicionales de comprender la estructura del Derecho, planteando las virtudes e inconvenientes de abandonar la referencia a la pirámide para hablar de una red)<sup>13</sup>. Pero yo pienso que la idea misma de un paraíso de los derechos se puede interpretar de otra manera. En relación con los derechos, y con la democracia, no existen paraísos. Esto es una exigencia de su propia naturaleza normativa. El discurso de los derechos tiene sentido desde el momento en que hay razones en favor de la disconformidad frente a la realidad. La crítica de la realidad es el motor de la evolución, transformación, y reivindicación implícitos en la idea de derechos. El día en que estemos frente a un paraíso de los derechos, y de la democracia, podremos certificar el fin de la historia de los derechos. Habrán dejado de ser un problema, un motivo de preocupación.

Anteriormente hice referencia a la necesidad del sentimiento respecto a la constitución del que nos hablan Fioravanti y Mancuso. Ese sentimiento en relación con la constitución implica un discurso compartido en relación con el valor de la constitución misma como herramienta de gestión del conflicto y de ordenación de la coexistencia; y al mismo tiempo, comunidad en relación con el valor de los contenidos de la constitución. Es aquí donde nos encontramos con el problema del acuerdo en relación con el contenido y el significado de los derechos; cuestión que necesita ser abordada en el marco de sociedades complejas como las nuestras y también a la hora de desarrollar el discurso sobre la dimensión expansiva del constitucionalismo, que se presenta como una

<sup>13</sup> OST, van de KERCHOVE 2002; GIOLO 2020.

consecuencia necesaria de la universalidad de los derechos. En efecto, en el libro hago referencia a una estrategia de mínimos a la hora de pensar en las posibilidades de un acuerdo en relación con los derechos. Una estrategia de mínimos que, como señala Mancuso, no implica asumir un minimalismo. Porque en todo caso, las de los derechos son exigencias que escapan de cualquier minimalismo. El discurso de los derechos, de naturaleza, en definitiva moral, se presenta como un discurso muy exigente por mucho que queramos recurrir a la identificación de un mínimo moral común y compartido que pueda generar el núcleo de un acuerdo. Valeria Giordano ha identificado lo complejo del desafío constituido por esta estrategia de mínimos. Así el consenso posible no debería descender de lo alto, y si no ser el producto de deliberaciones que recuerdan a esa horizontalidad de la que en diversas ocasiones nos ha hablado Tommaso Greco. Pero me parece que Giordano lo expresa de otra manera cuando se refiere a la renovación de “la matrice partecipativa e democratica di una tecnica di convivenza sociale costruita *dagli uomini per gli uomini*”.

Como señalo, la dimensión expansiva del constitucionalismo es una consecuencia de la universalidad de los derechos. Esto quiere decir que el modelo constitucionalista debe ser analizado en perspectiva sincrónica, pero también diacrónica. Así, la evolución del constitucionalismo estaría impulsada por un determinado discurso sobre el progreso humano en el marco de una filosofía de la historia. Discurso que implica también una confianza en el Derecho. Pero esta confianza en el Derecho no nos debe llevar necesariamente a una confianza y lucha en el éxito del proyecto cosmopolita, que al fin y al cabo ese léxico del proyecto constitucionalista. La filosofía puede tener una capacidad de imaginar el futuro, pero no de determinarlo necesariamente. Tommaso Greco me atribuye una confianza que en todo caso debería pasar el test constituido por la distinción bobbiana entre el optimismo de la voluntad y el pesimismo de la razón. El mundo actual constituye un escenario en el que no hay nada que asegure que el cosmopolitismo no vaya a ser un proyecto fallido, no solo por la dificultad de la creación de una comunidad en torno a unos valores compartidos, sino también por la larga serie de desafíos institucionales a los que dicho proyecto ha de hacer frente: las que tienen que ver con la realización de las exigencias del principio de legalidad y del imperio de la ley, con la efectividad del principio de igualdad ante el Derecho en el ámbito de la sociedad internacional, o con el establecimiento de criterios que nos permitan predicar la legitimidad del poder en ese ámbito. Es aquí donde la imaginación del jurista y el compromiso ciudadano se nos presentan como elementos básicos del discurso a través del cual podemos, y debemos, afrontar los retos del modelo que se presenta en el libro de forma fragmentaria.

### *Referencias bibliográficas*

- ANSUATEGUI ROIG F.J. 2013. *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson.
- ANSUATEGUI ROIG F.J. 2018. *Sul carattere storico del giuridico*, en BALLARINI A. (ed), *La storicità del diritto. Esistenza materiale, filosofia, ermeneutica*, Giappichelli, 11 ss.
- ANSUATEGUI ROIG F. J. 2018b. *Filosofía del Derecho, pluralismo y conflictos prácticos*, en «*Etica&Politica / Ethics&Politics*», XX(3), 355 ss.
- BINGHAM T. 2011. *The Rule of Law*, Penguin.
- BOBBIO N. 1979. *Il positivismo giuridico*, Giappichelli.
- BOBBIO N., PECES-BARBA G. (en prensa) *Cartas sobre socialismo y democracia, 1978-2000* (ed. de M. Losano, trad. de F. J. Ansuátegui), Dykinson.
- CARRINO A. 2019. *La costituzione come decisione. Contro i giusmoralisti*, Mimesis.
- FIORAVANTI M. 2018. *Il «sentimento popolare» per la Costituzione*, in ID., *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico nel ventesimo secolo*, Giuffrè Francis Lefebvre, 477 ss.
- GIOLO O. 2020. *Il diritto neoliberale*, Jovene editore.
- IHERING R. v. 2008. *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico* (ed. de F. Fernández-Crehuet), Trotta.
- LA TORRE M. 2020. *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Leo S. Olschki.
- OST F., KERCHOVE M. van de. 2002. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.
- PINO G. 2017. *Il costituzionalismo dei diritti*, il Mulino.
- SCHMITT C. 2010. *La tiranía de los valores* (trad. de A. Schmitt), Comares.
- TAMANAH B.Z. 2004. *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge University Press.
- TROPER M. 2007. *Le nuove separazioni dei poteri* (trad. it. di G.M. Labriola), Editoriale Scientifica.