

Mejor abandonemos el neoconstitucionalismo (con comillas o sin ellas)

MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ
Universidad de Alicante
manuel.atienza@ua.es

RESUMEN

Se presenta una respuesta a “En defensa de ‘neoconstitucionalismo’ y del neoconstitucionalismo” de Alfonso García Figueroa. Se rebaten los enunciados principales de García Figueroa desde una perspectiva lingüística y conceptual del derecho.

ABSTRACT

A reply to “En defensa de ‘neoconstitucionalismo’ y del neoconstitucionalismo” by Alfonso García Figueroa. Main statements of García Figueroa are refuted from a linguistic and conceptual view of Law.

PALABRAS CLAVE: Postpositivismo, neoconstitucionalismo, Teoría del derecho, lenguaje.

KEYWORDS: Post positivism, Neoconstitutionalism, Law Theory, language.



Copyright© MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ

Se permite el uso, copia y distribución de este artículo si se hace de manera literal y completa (incluidas las referencias a i-Latina), sin fines comerciales y se respeta al autor adjuntando esta nota. El texto completo de esta licencia está disponible en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/legalcode.es>

1.

He leído con el interés y la atención que el lector puede imaginar el escrito de Alfonso García Figuerola titulado “En defensa de ‘neoconstitucionalismo’ y del neoconstitucionalismo”. Lo primero que he de decir al respecto es que me ha alegrado comprobar que las diferencias que tenemos en materia iusfilosófica son menores de lo que yo había imaginado. Y esto me complace, no exactamente porque el mío sea un espíritu irenista (que no lo es como, creo, no lo es tampoco el de Alfonso), sino porque, en efecto, y como él recuerda en el encabezado de su artículo, no hay por qué tener ningún temor a las coincidencias. El pensamiento –y particularmente el pensamiento crítico- no puede prescindir ni de las coincidencias (si no existieran, si no hubiera puntos en común, la argumentación sería imposible: recordemos la tradición de la tópica), ni tampoco de las disidencias (por lo general, no hace ninguna falta dar razones cuando la otra parte acepta sin más la tesis que uno defiende).

Pues bien, en relación con el escrito de García Figuerola, yo tengo tanto coincidencias como disidencias, pero aquí me voy a centrar más bien en las disidencias, porque me parece que eso es lo que puede dar más sentido a mi participación en esta sección dedicada al debate de ideas. Y lo que aquí quiero defender, como lo señalo en el título, es la conveniencia de abandonar el neoconstitucionalismo, bien escribamos esta palabra con comillas o sin ellas. En favor de esta tesis voy a esgrimir dos argumentos, cada uno de ellos referido a una de las dos partes en que está estructurado el texto de García Figuerola: la defensa de la palabra; y la defensa de la “cosa”, que se plasma en su Manifiesto neoconstitucionalista.

2.

Por lo que hace a la palabra, creo que estoy en condiciones de tranquilizar a Alfonso: me hallo muy lejos de haberme convertido en un esencialista lingüístico y no tengo la menor proclividad hacia la ideología de lo políticamente correcto. Por si le interesara saberlo, no me encuentro entre los que suelen empezar sus

intervenciones en público con un “Buenos días (o buenas tardes) a todos y a todas”, entre los que evitan emplear la palabra “España” (y en su lugar hablan de “Estado español”) o, en fin, entre los que piensan que una revista –de izquierdas- no puede titularse “Jueces para la democracia” (y de ahí que la publicación emblemática de los jueces progresistas españoles haya pasado a llamarse ahora “Juezas y jueces para la democracia”). Menos aún, por cierto, me sumo a la deriva de tanta gente de izquierda hacia el nacionalismo identitario, lo que les lleva (les está llevando) inexorablemente a formar parte de lo que Félix Ovejero ha denominado con agudeza “la izquierda reaccionaria”. Pero todo ello, por cierto, no supone que se me haya ocurrido alguna vez (en esto me diferencio de García Figueroa) autocalificarme como “facha”, y no porque crea que haya un significado esencial detrás de esta palabra, sino porque el uso del lenguaje debe estar encaminado hacia la comprensión mutua, y emplear la expresión de marras con un sentido que me abarcara a mí (o que abarcara a Alfonso García Figueroa) no llevaría a otra cosa que a la confusión.

Y esto mismo (salvadas las distancias, esto es, pasando del terreno de la política al de la filosofía del Derecho) es lo que explica mi aversión hacia el término “neoconstitucionalismo” y mi propuesta de no usar la expresión sino para referirse a aquellos iusfilósofos que se autocalifican así. Más en concreto, lo que yo propongo es no denominar como neoconstitucionalistas a autores como Dworkin, Alexy, Nino, Prieto o Ferrajoli (también yo me incluyo en esa lista), simplemente porque las tesis que defienden en sus teorías del Derecho son muy diferentes a las suscritas por quienes se llaman a sí mismos “neoconstitucionalistas”. Para poner un simple ejemplo (y dejando de momento a un lado el caso de Alfonso García Figueroa), el neoconstitucionalismo de alguien como Ramiro Ávila (“transformador” o “andino” son los calificativos que él suele añadir a la anterior expresión, pero creo que nadie dudaría en colocarle en el grupo de los neoconstitucionalistas) y las consecuencias prácticas a las que parece conducir (pensemos en la reciente sentencia del Tribunal constitucional ecuatoriano -del que él forma parte-, a propósito del matrimonio entre personas del mismo sexo; o en la sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia –que expresamente dice haberse inspirado en el neoconstitucionalismo-,

aceptando la reelección presidencial) no tienen simplemente nada que ver con una concepción del Derecho y de la jurisdicción como la de Dworkin, Nino o Alexy, y es justamente la antítesis de la que ha defendido Ferrajoli en muchísimos trabajos; con independencia, por cierto, de lo que el propio Ramiro Ávila pueda pensar (él considera -me parece- que ese neoconstitucionalismo suyo viene a ser una síntesis de los planteamientos de Boaventura Santos y los de Luigi Ferrajoli). Por si hiciera falta repetirlo: todos los autores antes mencionados no pueden ser colocados dentro de una misma concepción del Derecho, salvo que lo que se busque sea el caos y la confusión conceptual.

Pero no se trata sólo de que el uso de la palabra lleve a confusión. Alfonso García Figuerola plantea las cosas como si la disputa concerniera únicamente a una cuestión de palabras y no de conceptos. Pero no es así. El problema mayor es que estamos (he procurado explicarlo muchas veces) ante un concepto mal construido, y de ahí que haya hablado en algunas ocasiones de “espantapájaros conceptual”, y en otras de “engendro conceptual”. Dicho brevemente, la connotación del concepto no se corresponde con lo que pretendidamente sería su denotación. O sea, aunque nunca haya estado muy claro qué tesis caracterizan al neoconstitucionalismo en cuanto teoría del Derecho, las tres notas que se suelen citar (que aparecen, por ejemplo, en el artículo que Susanna Pozzolo publicó en *Doxa* en 1999, y que contribuyó –creo- mucho a la difusión de esa expresión) son estas tres: la no distinción entre el Derecho y la moral; la consideración del Derecho como un conjunto de principios, más que de reglas; y la exaltación de la ponderación y, como consecuencia de ello, la defensa del activismo judicial. Pero resulta que ninguna de esas notas ha sido defendida por los autores que (de acuerdo con quienes introdujeron entre nosotros la palabra –y el concepto, si es que a los conceptos mal construidos se les puede llamar así-) deberían constituir la denotación del mismo: ni Dworkin, ni Alexy ni Nino han propugnado en absoluto las tesis que los promotores del neoconstitucionalismo les endosan.

De manera que no se trata sólo de etiquetas y de personas. Se trata de teorías y de conceptos. El concepto de neoconstitucionalismo no es sólo que adolezca de cierta ambigüedad o imprecisión (al fin y al cabo, esto se puede predicar de todos o casi todos los que utilizamos en la teoría del Derecho), sino que es un concepto erróneo, inmanejable, cuyo uso lleva inexorablemente a la confusión, simplemente porque mete en un mismo saco concepciones que son muy distintas entre sí: básicamente, las dos que yo propongo denominar, respectivamente, “postpositivismo” y “neoconstitucionalismo”.

3.

Y ahora vamos a la teoría, o sea, al Manifiesto neoconstitucionalista que nos presenta García Figueroa. Desde luego, yo comparto muchas de las tesis que ahí se enuncian pero, francamente, no creo que a eso se le pueda llamar una teoría neoconstitucionalista del Derecho, al menos con el alcance que García Figueroa pretende darle. Por diversas razones.

Una ya está dicha: el término no lleva más que a la confusión y, además, hace pensar en que alguna vez hubo una teoría (una teoría general) simplemente “constitucionalista” del Derecho, lo que supone introducir un nuevo equívoco, pues no ha existido, que yo sepa, tal teoría.

Otra razón es que las tesis en cuestión -o algunas de ellas- están formuladas en términos que dicen muy poco, o que dicen demasiado. Desde luego, sería desleal por mi parte criticar el Manifiesto por falta de desarrollo de sus tesis, puesto que no es eso lo que García Figueroa ha pretendido hacer. Me limito por ello a señalar algunas afirmaciones que, a mi juicio, un postpositivista no podría -no debería- aceptar, pero tampoco yo voy a tomarme la molestia de fundamentar las mías (aunque creo haberlo hecho en diversos trabajos de los últimos tiempos). Así, yo no creo que el Derecho (ni tampoco la moral) haya de contemplarse exclusivamente desde su lado activo y dinámico, y no desde el pasivo y estático; lo que se necesita es una teoría que integre ambos aspectos. La tesis del caso especial (lo que, al menos

en parte, afecta a la pretensión de corrección) la ha sostenido efectivamente Alexy, pero me parece manifiestamente equivocada y que conduce a la idealización del Derecho, esto es, que promueve un sesgo ideológico que un postpositivismo debidamente crítico debería evitar. La tesis de la unidad de la razón práctica no supone, en mi opinión, que no se pueda “separar la argumentación jurídica del resto de formas de argumentación que involucran juicios prácticos”; yo creo que sí que se puede -se debe- separar, aunque al mismo tiempo existan también elementos que son comunes; o, dicho de otra manera, que un argumento justificativo judicial contenga necesariamente alguna premisa de carácter moral no quiere decir que sean de un mismo tipo la argumentación jurídica y la moral, que no se pueda separar la una de la otra. No creo que todos (ni siquiera la mayoría de) los positivistas piensen que el fin de la teoría del Derecho sea “hallar la ‘naturaleza del Derecho’”, al menos en el sentido en el que García Figueroa utiliza esas expresiones. No he conseguido entender qué quiere decir que “el neoconstitucionalismo sostiene un monismo práctico, un gradualismo entre justicia sustantiva y validez institucional”, ni tampoco que el caso Noara (ese caso sí que lo conozco) “sitúa en la argumentación la sede idónea para mostrar la gradualidad entre los criterios de pertenencia puramente institucionales del positivismo y los sustanciales de las teorías jusnaturalistas”. Pero es posible que esto último se deba (aparte de a mis limitaciones para comprender un texto) a una falta de desarrollo de esas ideas. O, en fin, tampoco veo nada claro lo de “la primacía de la argumentación” y lo de que la teoría de la argumentación jurídica habría pasado a ser considerada “como nueva filosofía del Derecho primera”. En otra ocasión me he referido a ello críticamente, porque no me parece que la naturaleza de esa teoría sea exclusivamente iusfilosófica y porque me temo que con la propuesta de García Figueroa se corre el grave riesgo de que la filosofía del Derecho como disciplina académica pase a ser sustituida por una teoría de la argumentación jurídica; a pesar de lo que enuncia su última y bienintencionada tesis relativa a la formación de los juristas.

Pero, de todas formas, la razón fundamental para pensar que García Figueroa no está enunciando en su Manifiesto propiamente una teoría neoconstitucionalista

del Derecho obedece a otro tipo de consideración. Se trata de que yo creo que en su Manifiesto lo que hace es más bien eludir los puntos centrales (los más conflictivos) de lo que suele entenderse por “neoconstitucionalismo”. Quiero decir, García Figueroa dice muy poco (casi nada) a propósito de los principios o de la ponderación y despacha el asunto del activismo judicial con una simple frase, “Máxima actividad jurisdiccional, pero nulo activismo”, que, francamente, no permite entender mucho acerca de cuál sea su postura al respecto. ¿Pues qué entiende por activismo? ¿Habrían sido o no activistas las dos sentencias antes mencionadas y dictadas precisamente al amparo del “neoconstitucionalismo” (puedo quitar las comillas si a Alfonso le incomodan)? Y aún más: ¿Qué quiere decir “máxima actividad jurisdiccional”? ¿Qué los jueces deben tener un protagonismo mayor del que ahora tienen? ¿Quizás que su papel en el Derecho tendría que estar por encima del de los legisladores y, en general, de las instituciones a las que se suele reconocer la función de crear el Derecho? Confiemos en que no.

4.

En conclusión, como antes decía, lo mejor, al menos para alguien como Alfonso García Figueroa, yo creo que es abandonar el neoconstitucionalismo. La palabra no puede inducir a otra cosa que a confusión. Y lo que se adivina que podría ser su posición en filosofía del Derecho me parece que le aleja de quienes se denominan a sí mismos “neoconstitucionalistas” y le aproxima más bien a los que, yo creo, es mejor llamar “postpositivistas”. La diferencia fundamental entre unos y otros estriba en que los primeros no dan cuenta del elemento autoritativo del Derecho, prescinden -cabría decir- de los límites del Derecho, lo que les lleva a incurrir, entre otros errores, en activismo judicial. Mientras que los segundos, los postpositivistas, conciben el Derecho como una práctica social guiada por fines y por valores, pero que tiene que desarrollarse dentro de ciertos límites fijados autoritativamente. Esa concepción supone reconocer que el Derecho tiene una relativa autonomía en relación con la moral: Derecho y moral son “conceptos conjugados”. Que el Derecho consta tanto de reglas como de principios y que cualquier problema jurídico de una mínima entidad supone manejar ambos tipos de

enunciados. Que el razonamiento jurídico es tanto subsuntivo como ponderativo. Y que los jueces no pueden ser ni activistas ni formalistas, sino que deben esforzarse por encontrar (lo que casi siempre es posible, en el contexto de un Estado constitucional) una solución justa a los casos que se les plantea, pero sin sobrepasar los límites autoritativamente fijados.