
Un comentario al texto de Francesco Viola *Il futuro del diritto: acuerdos y desacuerdos*

*A Commentary to Francesco Viola's «The Future of Law»:
Agreements and disagreements*

Manuel ATIENZA

Universidad de Alicante
manuel.atienza@ua.es

RECIBIDO: 26/09/2018 / ACEPTADO: 14/12/2018

Resumen: El artículo comenta el trabajo de Viola sobre el futuro del Derecho. En opinión del autor, la posición de Viola, que puede ser caracterizada como iusnaturalismo constitucionalista presenta algunas analogías con el positivismo, pero también algunas diferencias significativas con esta última concepción.

Palabras clave: postpositivismo; iusnaturalismo; constitucionalismo.

Abstract: The aim of the article is to discuss Viola's paper on The Future of Law in which he offers an alternative to legal positivism. In the opinion of the author, Viola's position, which can be characterized as natural law constitutionalism, presents some analogies with postpositivism, but also some significant differences.

Keywords: postpositivism; natural law theory; constitutionalism.

1.

Como suelen recordarnos los filósofos hermenéuticos, la lectura de un texto no se hace en el vacío, sino a través de muchas precomprensiones, pre-juicios, expectativas, propósitos, etcétera que introduce el lector y que explican, entre otras cosas, que un mismo texto pueda ser interpretado de maneras muy distintas por sus lectores, o incluso por un mismo lector pero en momentos –en situaciones– diferentes. Yo he leído varias veces, y con la mayor atención posible, el texto de Francesco Viola titulado «Il futuro del diritto»¹ e, *inevitablemente*, mi lectura ha estado guiada por una idea principal: examinar hasta qué punto su concepción del Derecho (la que resulta de ese escrito) es o no coincidente con la mía.

¹ VIOLA, F., «Il futuro del diritto», *Persona y Derecho*, 79 (2018, II) [en este mismo n°], pp. 9-36.

Me doy cuenta de que corro el riesgo de incurrir en egocentrismo y, como consecuencia de ello, de escribir algo, algunas páginas, que quizás sólo puedan ser de interés para mí y, a lo más, para el propio Viola. Pero como digo (y de ahí el anterior subrayado de «inevitablemente») no he podido (ni querido) sustraerme a mi condición de filósofo del Derecho empeñado también, como Viola, en ofrecer una alternativa a la que seguramente es la principal corriente iusfilosófica de nuestros países: el positivismo jurídico normativista y de raigambre analítica. En mi caso (quizás también en el de Viola), la situación tiene algo de paradójica, en el siguiente sentido. La base de mi formación es (si no completamente, al menos en buena medida) analítica, pero progresivamente me he ido alejando de ese paradigma jurídico por su compromiso con una concepción del Derecho, el positivismo jurídico, que, en mi opinión (y en todas sus variantes; en especial en la dominante entre nosotros: el positivismo normativista), es una manera empobrecida y, en consecuencia, inadecuada de aproximarse al Derecho. Ahora bien, la alternativa al positivismo normativista, a mi juicio, no puede ser otra que considerar al Derecho como una práctica social, como una actividad dirigida a la consecución de ciertos fines y valores. Pero de esa manera se produce, sin duda, una aproximación hacia autores como Fuller, como Finnis o como el mismo Viola que, sin embargo, provienen de una tradición, el iusnaturalismo, que obviamente no es la mía: ni lo fue en el pasado, ni lo es ahora. Se trata, yo diría, de una coincidencia con esos autores (que, por cierto, no son tampoco *todos* los iusnaturalistas) en cuanto a la idea general del Derecho, pero no en cuanto a cuáles debieran ser los fines y valores que definen y justifican la práctica. O sea, en relación con cuestiones concernientes a la «política jurídica», a los contenidos que debieran tener nuestros Derechos, mis afinidades con iuspositivistas *recalcitrantes* como Guastini, Comanducci o Ferrajoli son muy grandes (por no decir, totales), mientras que esa coincidencia –creo– no se da tanto con Francesco Viola, y no se da en absoluto con autores como Fuller o como Finnis (ambos, extremadamente conservadores en materia política) y, en general, con quienes hoy representan a esa dirección del pensamiento jurídico: el iusnaturalismo.

Alguien como Gerald Postema, que también suscribe la idea del Derecho como práctica social, podría pensar que las discrepancias en este segundo plano no son relevantes, porque el objetivo de la teoría del Derecho (lo que él llama «Jurisprudencia filosófica») no es cambiar el mundo, el mundo jurídico, sino comprenderlo: «no hacer buen Derecho o buenos abogados, buenos juristas o buenos ciudadanos, al igual que el objetivo de la filosofía de la reli-

gión no es hacernos más piadosos, sino profundizar en nuestra comprensión de un aspecto fundamental de la experiencia humana y de la vida social»². Pero me parece que esto, claramente, no puede aplicarse a Viola y, de hecho, en el escrito objeto de este comentario se advierte que su autor no está únicamente interesado en comprender cuáles son los grandes cambios que están produciéndose –y se producirán– en el Derecho y en la ciencia jurídica, sino también en cómo hacer para que la teoría jurídica del futuro sea capaz de canalizarlos, de «preservar la identidad del Derecho» (p. 9); el discurso de Viola se mueve en un plano preferentemente abstracto, pero a mí no me cabe ninguna duda de que su objetivo es el de contribuir (aunque no sea de manera inmediata, claro está) a hacer «buenos juristas» (buenos jueces, buenos teóricos del Derecho, buenos legisladores) y «buenos ciudadanos». De manera que mi interés por confrontar la concepción de la iusfilosofía de Viola con la mía no podría reducirse tampoco a la constatación de que compartimos un mismo paradigma jurídico, considerado *en abstracto*, si bien nuestras formas de aplicarlo a la hora de decidir, *en concreto*, cómo moldear nuestras instituciones jurídicas podría dar resultados muy distintos. Si las cosas fueran así, entonces habría que aceptar también una tesis que, me parece, ninguno de nosotros dos estaría dispuesto a suscribir: la de la disociación entre la teoría y la práctica del Derecho. Dicho de otra manera, yo creo que las diferencias en el terreno de la praxis concreta tendrían que corresponderse con diferencias en el plano teórico, en el de la concepción más o menos abstracta del Derecho. ¿Pero es así?

2.

Rodolfo Vigo, en un trabajo reciente³, se ha planteado de alguna manera esta misma cuestión. A propósito de lo que muchos denominan hoy «neoconstitucionalismo»⁴, él defiende la tesis de que existirían tres tipos de

² POSTEMA, G., «Jurisprudence, the Sociable Science», *Virginia Law Review*, 101/4 (2015), p. 895.

³ VIGO, R., «¿Dos o tres iusnaturalismos?», en *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, Porrúa, México, 2016.

⁴ La expresión, en mi opinión, es enormemente confusa y ha dado lugar a muchísimos malentendidos. He propuesto, por eso, no utilizarla en relación con los autores que no se autodenominan así. *Vid.* ATIENZA, M., *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017, cap. V: «Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: Una defensa del constitucionalismo postpositivista». Me referiré a ello más adelante.

neoconstitucionalismos: el positivista crítico (donde incluye, fundamentalmente, a Ferrajoli); el no positivista (aquí cita los nombres de Alexy, Dworkin, Nino, Zagrebelsky y también el mío); y el iusnaturalista (donde –entre los juristas del civil law– se sitúa él mismo y sitúa también a Francesco Viola). Según Vigo, los neoconstitucionalistas no-positivistas «coinciden en lo sustancial con posiciones que desde siempre enarbolaron los iusnaturalistas» (p. 419). Y enuncia las siguientes tesis «tradicionalmente iusnaturalistas» y en las que coincidirían con los no-positivistas (obviamente, de ese consenso queda fuera el positivismo jurídico, en cualquiera de sus versiones):

«a) reconocen un límite moral dilucidado racionalmente para el derecho; b) se apartan de las visiones que reducen el derecho a reglas, y reclaman en el mismo principios y valores; c) confían en la existencia de una razón práctica idónea para resolver conflictos morales por medio de ponderaciones; d) prestan atención privilegiada a los casos concretos, y no sólo a los casos genéricos y fáciles; e) sin perjuicio de conceptos «descriptivistas» del derecho, entienden que la definición más explicativa incluye necesariamente valoraciones; f) el análisis de la validez de una norma jurídica no puede reducirse a la dimensión justificatoria formal o lógica, pues debe incorporar el contenido; g) importa la racionalidad práctica sustancial, pero también importa la racionalidad procedimental; h) la filosofía jurídica constituye un saber jurídico específico diferenciado de la ciencia jurídica, y es imprescindible para operar el derecho; i) el concepto del derecho termina siendo interpretativo o argumentativo; j) el sistema jurídico que puede postularse requiere apertura, dinamismo, pluralidad y flexibilidad, poniéndose a prueba en los casos resueltos; k) defienden una teoría amplia de las fuentes del derecho no atada a soberanías nacionales, a nóminas exhaustivas ni a jerarquías apriorísticas; l) asumen una preocupación orientada a la vigencia de la democracia y los derechos humanos; ll) reconocen el papel decisivo de los jueces a la hora de controlar la validez jurídica de todas las normas; m) admiten que el contenido moral de los derechos impregna a todo el derecho; n) postulan controlar desde una moral racional a las morales sociales vigentes; o) defienden una filosofía o razón práctica con sus dimensiones morales, políticas y jurídicas; etcétera» (pp. 419-420).

Ahora bien, a pesar de esas coincidencias, Vigo constata que entre esas dos concepciones se detectan «controversias en el terreno de las fundamentaciones» que terminan proyectándose en propuestas diferentes especialmente en lo que se refiere a «problemas típicos de la ética social contemporánea» (como aborto, eutanasia, dignidad humana, matrimonio homosexual, etc.) y

esas diferencias «concluyen muchas veces neutralizando las significativas coincidencias que se comprueban en el campo de la teoría jurídica» (p. 420). A Vigo le parece que esa contraposición (entre el neoconstitucionalismo no-positivista y el iusnaturalista) tiende a exagerarse en los medios académicos por la «irracionalidad y los prejuicios» que suelen acompañar a esas discusiones morales, pero entiende también que podría existir una explicación para ello (para esa discrepancia) que remitiría «a la visión gnoseológica que tiene un significativo impacto en la teoría antropológica y en la ética». Por lo que se refiere a la gnoseología, la diferencia estaría entre el realismo aristotélico que promueve una teoría de la verdad como adecuación, frente al constructivismo kantiano. En cuanto a la antropología, los iusnaturalistas partirían de un «personalismo ontológico» que lleva a considerar que todo miembro de la especie humana es persona, mientras que los no-positivistas introducirían como requisito del concepto de persona la «capacidad o posibilidad de desarrollar ciertas funciones». Y en cuanto a la ética, aunque los no-positivistas hablen de «algún cognitivismo y objetivismo» moral, eso no les liberaría del todo de cierto individualismo que les lleva «a una cierta desconfianza con lo vinculado a bienes comunes»; mientras que en el realismo iusnaturalista se parte de que «la naturaleza humana es (...) individual y es social», lo que permite hablar tanto de bienes individuales como de bienes comunes «aunque adviertan que el bien es siempre de la persona de carne y hueso, pues la sociedad no es una sustancia sino está en el plano accidental» (p. 421).

3.

Y vayamos ya al texto de Viola. Lo primero que debo decir del mismo tiene la forma de una advertencia que me aplico a mí mismo y que puede formularse así: se trata de un trabajo sumamente rico en ideas y en matices, que supone al mismo tiempo una síntesis de muchos otros escritos del autor, y de ahí el riesgo de incurrir en simplificaciones o en malinterpretaciones; o sea, de no captar bien el significado de esas ideas, pues para ello sería necesario recurrir prácticamente a toda la obra del autor, lo que yo no estoy en disposición de hacer.

En cualquier caso, y dado que el pensamiento de Viola no me es del todo desconocido, sí que creo que se puede aceptar sin más que la concepción del Derecho que se trasluce en su texto encaja en principio bastante bien dentro de lo que Vigo llamaba «neoconstitucionalismo iusnaturalista». En particular,

los elementos novedosos que Viola destaca en «Il futuro del diritto» son los seis siguientes (que vienen a coincidir con algunos de los que serían rasgos comunes entre los «iusnaturalistas» y los «no-positivistas») que dan lugar a otros tantos epígrafes de su texto: los derechos humanos; el proceso de constitucionalización del Derecho; el caso concreto y el primado de la persona; el Derecho internacional y el pluralismo jurídico; la noción de espacio jurídico frente a la de sistema jurídico; y el entendimiento del Derecho positivo como *corpus iuris*. En relación con cada uno de esos rasgos, lo que a mí me parece más destacable, sería lo siguiente.

En relación con los derechos humanos, Viola subraya que en nuestros días no son ya una realidad prejurídica o metajurídica, sino que forman parte del Derecho. Pero su inserción no deja de plantear problemas a la ciencia jurídica tradicional: no se ajustan del todo a la categoría de derecho subjetivo; deben interpretarse en forma teleológica; atraviesan todo el ordenamiento jurídico; su fundamento no está en la voluntad del soberano, sino en el estatus moral del sujeto; y para su interpretación y aplicación se requieren complejas doctrinas de carácter político y moral altamente controvertidas, al igual que juicios empíricos, lo que hace que las razones de carácter político, moral y científico sean ahora internas al Derecho positivo y a la ciencia jurídica. De ahí que «la prescripción jurídica dependa cada vez más de la solidez de las razones (relativas a hechos o a valores) sobre las que se apoya [la prescripción] y cada vez menos de la fuerza imperativa de la autoridad» (p. 12); por lo demás, esas razones no son incontrovertibles, puesto que se sitúan en el campo abierto de la razón práctica.

El proceso de constitucionalización del Derecho supone una profunda transformación del Derecho y de la ciencia jurídica, en cuanto cuestiona el carácter autorreferencial del Derecho positivo, la clausura del ordenamiento jurídico. La gran novedad es la ley constitucional que, siendo artificial (construida por el hombre), tiene también algo de natural: es un artificio que supone un desarrollo de la naturaleza; eso quiere decir que la ley constitucional no tiene carácter relativo «porque las culturas, a pesar de sus profundas diferencias, se comunican entre sí precisamente por el hecho de ser todas, de algún modo, interpretaciones de la común humanidad» (p. 14). La ley constitucional no es simplemente un grado superior en la tradicional jerarquía de las fuentes. Se sitúa «entre el Derecho natural y el Derecho puramente artificial de la ley ordinaria» (p. 14). Por eso, puede ser injusta (a diferencia del Derecho natural) y objeto de crítica ético-política, pero (a diferencia de la ley ordinaria) «no se manifiesta propiamente mediante reglas de comportamiento, sino mediante prin-

cipios de acción, esto es, orientaciones encaminadas a realizar valores que dan forma a la convivencia civil» (p. 14). Con la constitucionalización del Derecho, la práctica de los principios se convierte en prioritaria y eso lleva también a que «el método jurídico fundamental de la ciencia jurídica del futuro es [sea] el de la razonabilidad, no el de la deducibilidad o de la racionalidad» (p. 15).

Ahora (con el constitucionalismo), la regla jurídica (a diferencia de lo ocurrido en la época de la codificación) no es algo ya previamente confeccionado por el legislador, sino que «los jueces y los juristas, y con ellos la ciencia jurídica, son llamados a contribuir a la formación de la regla» (p. 15). «Los principios constitucionales no son producto de la voluntad humana, sino el signo de una adhesión a valores que los respaldan» (p. 16). La interpretación constitucional es una actividad deliberativa y no meramente aplicativa, de manera que «su distinción con la actividad deliberativa (o política) del legislador no es entre dos géneros diversos, sino entre dos especies de la misma actividad» (p. 16). «La interpretación jurídica parte del uso autoritativo, pero después tiene un carácter deliberativo que construye la regla para el caso concreto» (p. 16). No hay así «un único significado de la regla», sino que el significado depende de las circunstancias de la aplicación.

Además, «la Constitución asume, cada vez más, una prioridad con respecto al propio Estado» (p. 17), el cual va perdiendo soberanía en el plano interno (por el incremento de los poderes subestatales y locales) y en el externo (por la expansión de los poderes supraestatales e internacionales). Ahora, el fundamento de la comunidad «reside en la propia constitución que, sin embargo, es, a su vez, fuente de conflicto...» «La constitución expresa y valida el conflicto latente en una sociedad pluralista y multicultural, pero al mismo tiempo pretende ser un modo de gobernarlo correctamente» (p. 18).

Con la constitucionalización del Derecho se vincula también el tercer rasgo: el caso concreto y el primado de la persona. El paso que Viola cree advertir desde la norma general abstracta al caso concreto supone, en su opinión, una recuperación de la especificidad del Derecho en relación con la política: «si ésta [la política] mira a la justicia de las instituciones o de la sociedad en general, el otro [el Derecho] debe responder a la exigencia de justicia que proviene del caso concreto. El Derecho no mira directamente a una sociedad justa, sino a lo justo en concreto, a la acción justa, a la relación justa» (p. 18). Y detrás de esa demanda de justicia del caso concreto estaría el respeto a la dignidad de la persona. La constitucionalización de la dignidad presenta, sin embargo, aspectos «problemáticos y potencialmente contradictorios»: pues, por un lado, habría comportamientos que son males absolutos y suponen una

vulneración de esa dignidad (como la esclavitud o la tortura), pero, por otro lado, estarían «las exigencias de reconocimiento de identidad y de libertad de elección» que suponen derechos que, al menos *prima facie*, derivarían del respeto a la dignidad humana. La primera perspectiva podría reconducirse «al ámbito de la tradición de la ley natural y de los valores fundamentales de la persona» (p. 19); mientras que la segunda, «la del respeto a la conciencia de las personas, puede ir en contra de la primera y poner a la persona en conflicto con el *ethos* de la comunidad y con los mismos principios de una moralidad crítica» (p. 19).

Por lo demás, el primado del caso pone en crisis «el concepto tradicional de *legalidad*», en el sentido de que el mismo supone una pérdida de generalidad de la ley. Pero ello no tendría que significar también pérdida de objetividad: «la regla que se aplica al caso concreto debe ser válida para todos los casos pertenecientes a la misma categoría» (pp. 19-20).

Los cambios que han tenido lugar en el Derecho internacional le llevan a Viola a considerar que las diferencias que tradicionalmente existían entre ese ordenamiento jurídico y el Derecho interno tienden hoy a disminuir: «por una parte, la constitucionalización del Derecho y la crisis de la soberanía estatal están desestructurando la compacidad tradicional del sistema jurídico nacional y, por otra parte, en el Derecho internacional el papel de la autoridad y de las normas imperativas tiende a reforzarse» (p. 23); en relación con esto último, Viola subraya la importancia del principio de *ius cogens* ligado a los derechos humanos. El Derecho internacional viene a ser hoy «un laboratorio jurídico del pluralismo» (p. 23), entendiendo por tal «una situación normativa en la que diferentes órdenes jurídicos concurren y compiten en la regulación del mismo curso de acción o de conjuntos de acciones que tienen el mismo objeto. Las respectivas competencias en línea de principio no son exclusivas, y dan lugar a superposiciones normativas sin jerarquías distinguibles de las fuentes del Derecho y de los ordenamientos implicados». Los sistemas jurídicos nacionales «afroitan con frecuencia problemas semejantes», cuyas soluciones «son diferentes modos de responder a los mismos problemas prácticos. Y sabemos que en el campo práctico no existe una única respuesta justa y que la variedad de las soluciones normativas depende de factores diversos, como la propensión cultural a subrayar algunos valores respecto de otros, la orientación proveniente de particulares formas de vida común y, no en último lugar, de las circunstancias históricas» (p. 24).

Una consecuencia de lo anterior es que el Derecho del futuro, según Viola, «se presenta como la existencia de regímenes jurídicos muy diferentes

entre sí, pero comunicantes y porosos» (p. 26). El Derecho contemporáneo no es un orden ya realizado y concluso, sino «un orden que se hace y rehace incesantemente». Los criterios de juridicidad se extraen de múltiples factores, lo que lleva consigo, entre otras cosas, «el carácter móvil y elástico de la jerarquía entre las fuentes» y «la participación de los destinatarios de las normas jurídicas en su formación e implementación». Eso supone también que el Derecho «no requiere necesariamente del uso de la coacción física»; esa es sólo una de las opciones posibles, pero hay otras modalidades sancionatorias a veces más eficaces, que afectan a valores como «la confiabilidad, la confianza, la credibilidad, el prestigio» (p. 27).

El defecto principal del concepto moderno de sistema jurídico es que no resulta ya operativo, pues el mismo no permite por sí solo identificar las normas pertenecientes al sistema. Y cuando para esa operación se necesita recurrir a ordenamientos normativos diferentes «se vuelve más importante la noción de ‘espacio jurídico’» que sería «el resultado de la interconexión de órdenes jurídicos diferentes»: «en consecuencia, lo que tradicionalmente considerábamos como un sistema o un orden jurídico viene relegado a ‘lugar’ de realización o de concreción de un Derecho que se ha identificado en otra parte» (p. 28). Para individualizar y determinar la regla jurídica habría que tener en cuenta ahora un «doble punto de vista interno»: el del «espacio jurídico», o sea, la delimitación de la pluralidad de ordenamientos jurídicos interesados, y el del orden jurídico particular, es decir, el del ‘lugar’ en el que se concreta el Derecho. De manera que la noción estática de ordenamiento jurídico se abandonaría por una noción dinámica y cuyo principio de unidad no se basaría simplemente en la soberanía del Estado: la configuración del ordenamiento sería ahora «una obra conjunta de los legisladores, de los jueces y de los juristas, mientras que en el pasado estaba presidida por el rol prioritario del legislador» (p. 29).

Y esta obsolescencia del concepto de sistema jurídico es lo que lleva al entendimiento del Derecho positivo como un *corpus iuris*; o sea, «el Derecho comprende no sólo los mandatos y las decisiones de la autoridad política, sino también las doctrinas y los conceptos elaborados por los juristas, las interpretaciones y las decisiones de los jueces. Eso significa que el Derecho como práctica social posee en su interior los criterios para su propia sistematización y su propia valoración» (p. 30).

Ese *corpus iuris* está compuesto «por principios comunes de cultura jurídica, como los derechos humanos y los principios del *rule of law* y del constitucionalismo, pero también de la comunicación intercultural de formas jurídicas

de vida que han dado buena prueba de sí consolidándose en instituciones jurídicas, y sobre todo por prácticas interpretativas y argumentativas, que tienen una relativa independencia de los lugares en los que se ponen en práctica y pueden comunicarse a otras partes del mundo» (p. 31).

De manera que, para Viola, el Derecho de nuestros días es más un producto de la razón que de la voluntad, como lo pone de manifiesto diversos fenómenos jurídicos contemporáneos como el proceso de mundialización de la función judicial o la frecuencia cada vez mayor con la que el Derecho extranjero es usado por los tribunales nacionales para interpretar el Derecho doméstico y llenar las lagunas. El Derecho, en definitiva, «debe ser tratado como una actividad guiada por la razón práctica» (p. 33).

4.

Pues bien, yo estoy de acuerdo, desde luego, con muchas de las tesis de Viola; o, mejor dicho, coincido prácticamente con todas ellas consideradas en abstracto, pero tengo –creo– algunas diferencias con él en cuanto a la interpretación de las mismas, o sea, mis discrepancias surgen cuando se pasa a un plano de mayor concreción. Veámoslo.

Parece obvio que los derechos humanos constituyen hoy una realidad interna a nuestros Derechos y que, en consecuencia (aunque esto ya no sería obvio para muchos), la identificación e interpretación del Derecho no puede llevarse a cabo prescindiendo de consideraciones de carácter político y moral. Esta última es, de hecho, la razón principal para oponerse al positivismo jurídico, y en esto, mi acuerdo con Viola es completo. También, por supuesto, estoy de acuerdo con él en que la fundamentación de los derechos humanos no puede ser más que moral: esa fundamentación no puede proporcionarla el propio Derecho positivo. Pero precisamente por ello, la manera de entender los derechos humanos (y su papel en el Derecho positivo) depende en muy buena medida de cuál sea la filosofía moral y política en que se base su fundamentación; y aquí es donde –creo– la concepción de Viola y la mía divergen, aunque en «*Il futuro del diritto*» él no plantee esa cuestión (que, sin embargo, ha abordado en otros escritos). En concreto, a mí no me parece que se puedan fundamentar los derechos humanos en el Derecho natural, del tipo que sea; los derechos humanos –los derechos fundamentales– no tienen nada de naturales, sino que son simplemente creaciones –invenciones– humanas, aunque en su proceso de construcción puedan detectarse elementos –acciones– que no son

intencionales, y de ahí que no tengan tampoco un carácter puramente convencional. Esta manera de entender los derechos humanos (insisto, como una realidad puramente artificial, aunque no sea sin más una convención) puede tener que ver con mi tendencia a atribuir un mayor peso del que le reconoce Viola (hablo en términos relativos) a la dimensión prescriptiva de los derechos; las razones que subyacen a las normas jurídicas (en general) son esenciales para su interpretación, pero yo no creo que por eso puedan situarse «en el campo abierto de la razón práctica».

Algo parecido ocurre con la manera de ver la constitucionalización de nuestros Derechos. Yo estoy plenamente de acuerdo con Viola en que eso ha supuesto una gran transformación en cuanto al objeto de estudio de la ciencia jurídica y que con ello ha surgido la necesidad de un nuevo paradigma teórico para poder tratar adecuadamente con esa nueva realidad. También coincido con él en la idea de que lo que caracteriza a la ley constitucional no es simplemente la posición jerárquica que ésta ocupa en el ordenamiento jurídico, sino también (sobre todo) que representa los valores básicos del ordenamiento. Y, en fin, me parece acertado y clarificador por su parte señalar que la ley constitucional puede ser injusta, o sea, que esos valores constitucionales pueden criticarse porque pueden no coincidir con los de la moral justificada.

Pero, para empezar, yo no interpreto que esa moral justificada sea precisamente la del Derecho natural; o sea, no creo que la mejor teoría de la justicia –como antes señalaba– sea la iusnaturalista; ni tampoco que los propios principios constitucionales sean principios de Derecho natural. Además, me parece que mi concepción de los principios no coincide del todo con la de Viola, pues para mí los principios son también (como las reglas) *normas de comportamiento*, y tanto los principios como las reglas están encaminados a la realización de valores, de manera que no creo que exista entre esos dos tipos de enunciados jurídicos la diferencia tajante que parece suponer Viola y que le lleva a identificar sin más enunciados constitucionales con enunciados de principio. Considero, como él, que la razonabilidad juega un papel de gran importancia en nuestros Derechos y en el razonamiento práctico (lo ha jugado siempre), pero no me parece que la razonabilidad sea exactamente un *método*, sino que yo la veo más bien como un límite, como un principio que marca una frontera que, por cierto, la Iglesia católica suele franquear (apelando para ello al Derecho natural) cuando sienta doctrina respecto a las cuestiones que hoy se suelen incluir en el campo de la bioética (aborto, eutanasia, matrimonio entre personas del mismo sexo o uso de técnicas de reproducción asistida). Tampoco creo que se pueda contraponer sin más la razonabilidad a la deducibilidad o a la racio-

nalidad, y quizás por eso no entiendo bien en qué pueda consistir la diferencia que Viola dice tener con Alexy (p. 13) en relación a la prioridad que el primero establece de la razonabilidad sobre la proporcionalidad; yo diría que la proporcionalidad alexiana no es otra cosa que un nombre distinto para referirse a la razonabilidad: ser razonable significa ponderar adecuadamente las razones que, en un caso de conflicto entre derechos, existen a favor y en contra de cada uno de ellos, o sea, esforzarse por encontrar un equilibrio aceptable.

Considero, por lo demás, que los jueces y los juristas contribuyen *en algunos casos* a la formación de las normas jurídicas (o sea, los jueces sí crean Derecho, al menos en ocasiones, y está justificado que lo hagan), pero me parece que Viola aproxima excesivamente el papel de unos y otros. Si se quiere, en relación con los dos tipos de actividad que los legisladores y los jueces llevan a cabo se puede hablar de «deliberar»; pero se trata, en mi opinión, de formas muy distintas de deliberación, o sea, los límites de la deliberación judicial son –deben ser– mucho más estrictos, menos dúctiles, que los característicos del legislador: pertenezcan o no al mismo género, se trata de operaciones esencialmente distintas.

Y, en fin, en relación con la prioridad que él señala de la Constitución frente al Estado, me parece que aquí hay algo importante que Viola no tiene en cuenta. O sea, no se trata simplemente de que el Estado esté perdiendo soberanía (lo que, sin duda, es cierto), sino de que esa pérdida de soberanía significa también, al menos en muchos casos, una pérdida de vigencia de la Constitución, de los valores constitucionales; y no al contrario. La pérdida de soberanía del Estado en nuestras sociedades contemporáneas no ha tenido como consecuencia que la Constitución haya sustituido al Estado en relación con lo que solemos llamar ejercicio de la soberanía; lo que ha ocurrido más bien es que ahora hay un nuevo soberano –un «soberano difuso» como lo ha calificado Capella⁵, que se identifica con los poderes que rigen el mundo de la globalización– que no está sometido ya a ningún tipo de constitución; o, dicho de otra manera, es un poder con ningún límite democrático, o con muy pocos.

Yo no creo que se haya producido, en el Derecho del constitucionalismo, el paso que advierte Viola y que supondría que el énfasis no se pone ahora en la norma general abstracta, sino en el caso concreto. Me parece que se tra-

⁵ Vid. CAPELLA, J.R., *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Trotta, Madrid, 2008.

ta, simplemente, de una cuestión de perspectiva, esto es, de si el Derecho lo contemplamos desde el punto de vista del legislador, o bien del aplicador del Derecho, del juez; pero esa es una dualidad de planos que ha existido siempre. Por eso, no me convence la afirmación de Viola –que parece, por cierto, inspirada en el iusnaturalismo «realista» de Villey: alguien poco propenso a asumir los valores del constitucionalismo– de que el Derecho no mira a la sociedad justa, sino a lo justo en concreto; simplemente, yo diría que la primera es la perspectiva del legislador, y la segunda, la del juez. Y el remedio que él sugiere para evitar la pérdida de generalidad de la ley no es ni más ni menos que el principio de universalidad (o sea, que las excepciones a las normas generales deben dar lugar a reglas que serán menos generales, más específicas, pero que tienen que valer siempre que se den las circunstancias en las que se basó la excepción) que, como Viola sabe muy bien, está ya presente en la equidad aristotélica, en la caracterización que Aristóteles hace de la justicia del caso concreto que «rectifica» lo que sería la justicia puramente abstracta, formal, que se obtendría de la aplicación sin más de la ley general.

Y por lo que se refiere a la manera de entender la dignidad humana, es posible que haya aquí alguna diferencia entre nosotros, si bien yo no identifico, como tampoco lo hace Viola, la dignidad con la autonomía entendida, digamos, en un sentido puramente liberal. No puedo extenderme en esto (he escrito recientemente sobre el particular⁶) y me limito a señalar que, en mi opinión, la dignidad (el imperativo de los fines kantiano) es efectivamente el fundamento último de los derechos y de la moral si bien, adecuadamente entendida, la dignidad integra, junto con la igualdad y la autonomía, una unidad, una misma ley moral.

Estoy de acuerdo con Viola en que la estatalidad no es condición necesaria para que se pueda hablar de Derecho, de juridicidad y, en consecuencia, en la necesidad de defender algún tipo de pluralismo jurídico: el Derecho no es sólo el Derecho estatal. Pero creo que hay también aquí, por su parte, una cierta exageración al teorizar la tendencia a la confluencia entre el Derecho internacional y el Derecho interno de los Estados. O, más exactamente, el que se estén borrando las diferencias entre esos dos tipos de ordenamientos podría ser cierto en relación con determinadas materias o ramas del Derecho, pero no

⁶ Vid. ATIENZA, M., «Sobre la dignidad en la Constitución española de 1978», *Revista do Ministério Público*, Out-Dez (2017), pp. 9-30 (puede consultarse también en mi blog: lamiradapeitho.blogspot.com.es)

estoy tan seguro de que esa tesis se pueda sostener de manera general. Piénsese, por ejemplo, en el Derecho penal y en la vida más bien mortecina que está llevando el Tribunal Penal Internacional. Por lo demás, su afirmación de que no existe una única respuesta correcta (justa) en el campo práctico no me parece aceptable, al menos sin matices. O sea, yo sí que creo que (casi) siempre hay una única respuesta correcta desde el punto de vista de un juez que opera en el contexto de un Estado constitucional, si bien esa tesis no puede extenderse a la actividad legislativa: nunca o casi nunca tiene sentido decir que tal ley es la única ley justa (considerando todo el articulado que suele integrarla) que podía dictarse en relación con tal situación. Como se ve, un argumento más para no aproximar demasiado la función judicial y la legislativa.

Coincido igualmente con Viola en que los límites de lo jurídico no pueden trazarse de una manera nítida (como siempre han pretendido los positivistas) y en que las fuentes de de lo jurídico pueden no estar siempre perfectamente jerarquizadas. Pero también aquí tengo la impresión de que Viola exagera el carácter «abierto» y «poroso» de nuestros Derechos, al tiempo que, en mi opinión, minusvalora la importancia de la coacción en el Derecho. Como recientemente ha escrito Schauer⁷, es posible que la nota de la coacción no tenga un carácter necesario para fijar el concepto de Derecho (de obligación jurídica), pero el tipo de realidad que conforma los casos centrales de Derecho no podría ser entendida sin la coacción. Otra cosa supondría, en mi opinión, incurrir en una visión idealizada de lo jurídico.

En este mismo sentido, no creo que el concepto de espacio jurídico pueda sustituir al de sistema jurídico. Por supuesto, la noción de sistema jurídico ha de verse en un sentido dinámico (mejor dicho, no debe considerarse únicamente de manera estática), pero si el «pluralismo jurídico» significara que el Derecho ha perdido la dimensión autoritativa que, necesariamente, lleva consigo un grado considerable de rigidez y de jerarquía (en otro caso, no habría autoridades), entonces me parece que, simplemente, dejaría de haber Derecho. O sea, yo estoy de acuerdo con Viola en que la configuración del ordenamiento es obra conjunta de los legisladores, los jueces, los juristas teóricos y el resto de operadores jurídicos (incluida la gente en general, quienes no ejercen una profesión jurídica); siempre ha sido así. Pero esa «obra conjunta» no es (o no es en aspectos muy relevantes de la misma) el resultado de algo así como un gran «diálogo jurídico» que tendría lugar entre todas esas instancias;

⁷ Vid. SCHAUER, F., *The force of law*, Harvard University Press, 2015.

los diversos órganos –las diversas fuentes– no están situadas en un plano de igualdad, sino que están ordenados jerárquicamente: no se trata simplemente de un intercambio de razones o, si se quiere, hay un grupo de esas razones, las de carácter autoritativo, que juegan un papel especialmente relevante: en otro caso, no tendríamos ordenamiento jurídico.

Y con ello llego al último punto de los rasgos destacados por Viola en «Il futuro del diritto». También aquí, la noción de *corpus iuris* que introduce me parece completamente aceptable: el Derecho no es sólo un conjunto de normas sino, fundamentalmente, una actividad práctica (que tiene muchos componentes, pero que debe desempeñarse dentro de los límites fijados autoritativamente por esas normas). De manera que el Derecho pertenece desde luego al campo de la praxis, pero no creo que sea simplemente «razón práctica» en el sentido en el que Viola parece usar la expresión y, por tanto, no creo que pueda ser tratado simplemente como «una actividad guiada por la razón práctica». Esta última parte de su escrito me ha recordado mucho a Fassò y a la defensa que este último hizo del Derecho natural como «la ley de la razón». Como se sabe, para Guido Fassò el verdadero iusnaturalismo sería el de la tradición racionalista y no el que identifica el Derecho natural como un producto de la voluntad o lo interpreta en términos «naturalistas» (por ejemplo, como una realidad biológica). Yo estoy dispuesto a reconocer que esa noción de ley de la razón de origen iusnaturalista ha jugado un papel histórico de gran importancia al establecer un límite al poder y oponerse, en consecuencia, a la idea de que el Derecho sea simplemente «quod principi placuit». Pero, insisto, el Derecho no puede verse únicamente en términos de ley de la razón o de razón práctica. Es también voluntad, imposición, burocracia y coacción. Y no creo además que el Derecho contemporáneo esté evolucionando en el sentido de que esté disminuyendo el peso que en el mismo tiene este último orden de fenómenos.

5.

He dado antes por supuesto que las tesis defendidas por Viola en «Il futuro del diritto» encajaban en principio en el tipo de teoría jurídica que Rodolfo Vigo denominaba «neoconstitucionalismo iusnaturalista». ¿Pero es así? Pues bien, antes de contestar directamente a la pregunta, conviene hacer una pequeña digresión, a efectos de clarificar mínimamente qué es lo que cabe entender por «neoconstitucionalismo».

La expresión, como se sabe, proviene de diversos autores de la «escuela genovesa» y, en mi opinión⁸, es peor que desafortunada: equivoca y equívocada. *Equívoca*, porque se ha utilizado (como lo hace, por ejemplo, Vigo) para incluir bajo ese rótulo teorías que son muy distintas entre sí y, en aspectos centrales, opuestas: por ejemplo, la de Ferrajoli, por un lado, y la del propio Vigo o Viola, por el otro. Y *equivocada* (en la medida en que se pueda hablar así) porque esa expresión pretende designar un concepto que, simplemente, está mal construido. Quiero decir, la connotación del concepto (la configuración del Derecho en términos de principios más bien que de reglas o de ponderación más bien que de subsunción, junto con la tendencia a subrayar el papel de la constitución frente al de las leyes o el de los jueces frente al de los legisladores, contribuyendo con ello al activismo judicial) simplemente no se corresponde con lo que sería su denotación: ni Ferrajoli, ni Dworkin, Alexy, o Nino (que son los autores que suelen incluirse quizás con mayor frecuencia bajo ese rótulo) sostienen esas tesis y, de hecho, ninguno de ellos se ha calificado a sí mismo como «neoconstitucionalista». Precisamente, dado ese nivel de extrema confusión lingüística y conceptual, yo he propuesto utilizar la expresión únicamente para referirse a los autores que, efectivamente, aceptan esa denominación y que aproximadamente cumplen con las notas antes señaladas. No se trata de una clase vacía (aunque tenga muchos menos miembros de lo que suele pensarse), pero sí de una concepción del Derecho que, en mi opinión, presenta debilidades más que notables. Para decirlo en forma muy concisa: el «neoconstitucionalismo» no constituye, a mi juicio, una tendencia del pensamiento jurídico teóricamente articulada, sino que más bien se trata de una ideología cuya característica central parece ser la de poner en entredicho que el Derecho tiene un *inesquivable* componente autoritativo.

Por todo ello, yo no creo que la posición de Viola esté bien ubicada dentro del «neoconstitucionalismo iusnaturalista». Participa de los rasgos comunes a una serie de autores que consideran que los cambios que el constitucionalismo, en cuanto fenómeno, ha producido en nuestros Derechos exige la construcción de un nuevo paradigma teórico, pero interpreta esos rasgos en una forma que le diferencia tanto de los autores neoconstitucionalistas (en el sentido en el que, yo creo, debería usarse esa expresión) como de los neopositivistas al estilo de Ferrajoli, o de los postpositivistas (donde habría que incluir a autores como Dworkin, Nino, Alexy o el último MacCormick). Me parece,

⁸ Remito de nuevo a mi libro *Filosofía del Derecho y transformación social*, cap. V.

por eso, que a Viola (como, por otro lado, a Vigo) podría seguramente calificársele de constitucionalista iusnaturalista (sería un cuarto tipo de concepción constitucionalista del Derecho). Y lo que yo he tratado en las anteriores páginas es de poner de manifiesto las diferencias y semejanzas que existen entre esta última concepción, el constitucionalismo iusnaturalista, y la anterior, el constitucionalismo postpositivista, que es la visión del Derecho que a mí me parece más adecuada.

REFERENCIAS

- ATIENZA, M., *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017.
- «Sobre la dignidad en la Constitución española de 1978», *Revista do Ministério Público*, Out-Dez (2017), pp. 9-30.
- CAPELLA J.R., *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Trotta, Madrid, 2008.
- POSTEMA, G., «Jurisprudence, the Sociable Science», *Virginia Law Review*, 101/4 (2015), pp. 869-901.
- SCHAUER, F., *The force of law*, Harvard University Press, 2015.
- VIGO, R., «¿Dos o tres iusnaturalismos?», en *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, Porrúa, México, 2016, pp. 415-423.
- VIOLA, F., «Il futuro del diritto», *Persona y Derecho*, 79 (2018, II) [en este mismo número], pp. 9-36.

RECENSIONES

