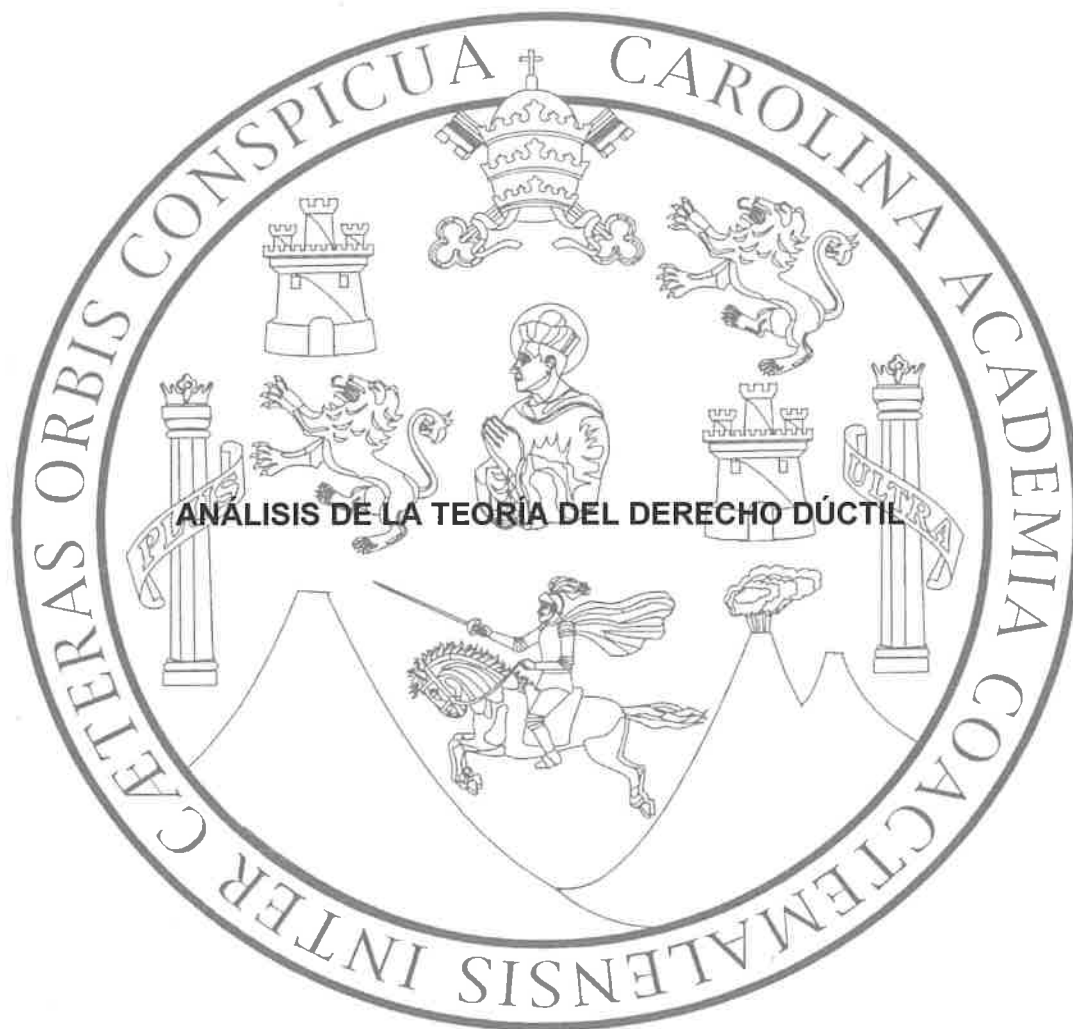


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



ANÁLISIS DE LA TEORÍA DEL DERECHO DÚCTIL

M. Sc. HILDA JANNETTE GONZÁLEZ DONADO

GUATEMALA, MAYO DE 2024

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO
DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

ANÁLISIS DE LA TEORÍA DEL DERECHO DÚCTIL



TESIS
Presentada a la honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por la maestra
HILDA JANNETTE GONZÁLEZ DONADO

Tutor
DR. JORGE MARIO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ

Previo a conferírsele el Grado Académico de

DOCTORA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

Guatemala, mayo de 2024

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:		Vacante
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO:	Lic.	Wilfredo Eliú Ramos Leonor

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSGRADO

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
DIRECTOR:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr.	Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL:	Dra.	Herminia Isabel Campos Pérez
VOCAL:	Dr.	William Enrique López Morataya

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr.	Erick Noe Lopez Garcia
SECRETARIO:	Dr.	José Aníbal López Silva

RAZÓN: «El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Escuela de Estudios de Posgrado).

Guatemala, 5 de julio de 2022

Doctor
Luis Roberto Cáceres
Director de la Escuela de Postgrado en Derecho
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria, zona 12.
Ciudad.

Estimado doctor Cáceres,

El motivo de la presente es informarle, en mi calidad de asesor respectivo, que el trabajo de tesis de doctorado de la maestra Hilda Jannette González Donado, que tiene como título *Análisis de la teoría del derecho dúctil*, ha sido concluido a mi entera satisfacción y está listo para su defensa oral y para las demás etapas finales que se establecen como requisito para la obtención del grado de doctor en Derecho en la Escuela de Postgrado de nuestra casa de estudios.

Esta tesis ofrece una presentación satisfactoria de la historia y la problemática de la teoría del derecho dúctil, enfoque que ha sido desarrollado por el constitucionalismo italiano Gustavo Zagrebelsky. La maestra González Donado presenta de manera comprensiva el pensamiento de Zagrebelsky y argumenta con rigor para situar el pensamiento del iusfilósofo italiano como una interpretación sólida del paradigma constitucional. Este autor presenta una de las versiones más desarrolladas del neoconstitucionalismo, doctrina de marcada importancia en Iberoamérica.

Uno de los aspectos de la tesis que merece especial mención es que dicha tesis presta atención a algunos de los problemas avanzados que plantean los derechos humanos en la época contemporánea, como lo es, por ejemplo, la cuestión de los derechos de las generaciones futuras. Asimismo, explica la forma en que, según este autor, la moral debe jugar un papel de mayor protagonismo en la resolución de las problemáticas con que se encuentra el constitucionalismo moderno.

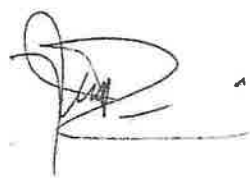
El texto resultante se destaca por la claridad con la que trata los respectivos temas. Llama la atención su actualidad en una postura que ha llamado la atención en los círculos iberoamericanos de la teoría del derecho constitucional y la filosofía de dicha disciplina. La maestranda González Donado despliega argumentos que, aparte de acudir a fuentes recientes y relevantes, contribuye a hacer atractiva una posición que puede contribuir de manera positiva al enriquecimiento de los temas que son de interés para el constitucionalista guatemalteco.

Como asesor de dicho trabajo, constituye una satisfacción informar que el trabajo de la maestranda González Donado cumple con los requisitos que, para el efecto, establece la Escuela de Postgrado de Derecho de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Este trabajo contribuye de forma valiosa a la producción académica de nuestra universidad, puesto que denota un encomiable esfuerzo investigativo.

En virtud de lo anterior, me es grato entregar este dictamen con el fin de que la maestra Hilda Jannette González Donado prosiga con los procedimientos establecidos para que se nombre al tribunal examinador respectivo y pueda proseguir con los trámites para obtener el doctorado

Sin otro particular me suscribo de Ud.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'JRM', with a horizontal line extending to the right.

Dr. Jorge Mario Rodríguez Martínez
Profesor
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

"Id y enseñad a todos"



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Guatemala, 27 de mayo de 2024

Doctor:

Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

Director de la Escuela de Estudios de Posgrado

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

-USAC-

Distinguido doctor Cáceres Rodríguez:

Con base en su solicitud expresa en la carta a mi persona con fecha veinte de mayo de dos mil veinticuatro, en donde se me pide dictamen gramatical; y, según los Artículos 7, 9 y 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Le informo que la maestra: **HILDA JANNETTE GONZÁLEZ DONADO**, del programa de **Doctorado en Derecho Constitucional**, ha realizado las correcciones y recomendaciones de gramática, ortografía, redacción y estilo, a su trabajo de tesis, cuyo título final es: **ANÁLISIS DE LA TEORÍA DÚCTIL**.

Asimismo, manifiesto que se ha utilizado un léxico adecuado a los requerimientos de una investigación científica; se presentan varios neologismos propios de la naturaleza del tema investigado y su vínculo con las teorías constitucionalistas, para cubrir las exigencias de la técnica jurídica, los principios exegéticos y hermenéuticos de la ciencia del Derecho. Esto, en consonancia con las normas, consideraciones y recomendaciones de la Real Academia Española, para utilizar el lenguaje de manera actualizada y como primera fuente teleológica idónea, para el conocimiento.

Dicho trabajo presenta las partes requeridas en el instrumento legal *supra* anotado, según lo establece la Escuela de Estudios de Posgrados. De esta forma, la ponente ha referido con el modelo de la Asociación Americana de Psicología – APA- en su séptima edición, las fuentes bibliográficas, para dejar los créditos de las teorías que han fundamentado la investigación.

La metodología, técnicas y doctrinas que la estudiante y su parte tutora presentaron, fueron respetadas en su totalidad y ningún planteamiento fue conculcado para mantener el fundamento teórico original del documento presentado.

De esta manera se procedió con la revisión, exclusivamente en lo que corresponde a la gramática, ortografía, redacción y estilo, para comprobar que el cuerpo capitular contenga los requerimientos y extensión mínimos; con ello, se adecuó la diagramación pertinente y cotejaron los enunciados del índice, los títulos y subtítulos, la parte conceptual introductoria y la conclusión, según los enlaces externos que se describen en la bibliografía consultada.

En virtud de lo anterior, se emite: **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente.

Cordialmente.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"



Dr. William Enrique López Morataya
Revisor de Gramática
Dr. William E. López Morataya
Cel. 6144

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, 3 de junio del año dos mil veinticuatro.-----

En vista de que la MSc. Hilda Jannette González Donado, aprobó el examen privado de tesis del **Doctorado en Derecho Constitucional** lo cual consta en el acta número 21-2024 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“ANÁLISIS DE LA TEORÍA DÚCTIL”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO





ÍNDICE

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. El constitucionalismo democrático en crisis	1
1.1. Problemas actuales en el constitucionalismo	9
1.2. El constitucionalismo como ideal histórico	18
1.3. El constitucionalismo liberal original	29
1.4. El constitucionalismo contemporáneo	35
1.5. Conclusión del capítulo	41

CAPÍTULO II

2. El pensamiento jurídico dúctil	43
2.1. El contexto cultural de surgimiento del pensamiento de Zagrebelsky	46
2.2. Zagrebelsky y los valores en serio	54
2.3. El derecho dúctil	58
2.4. Neoconstitucionalismo y derecho dúctil	65
2.5. La relevancia de Zagrebelsky	72
2.6. Conclusión del capítulo	81

CAPÍTULO III

3. Valoración del pensamiento de Zagrebelsky	85
3.1. Iusnaturalismo, iuspositivismo y nuevo constitucionalismo	87
3.2. Pluralismo e iusnaturalismo	91
3.3. La reevaluación del núcleo axiológico de la Constitución	94
3.4. La crítica de Guastini a Zagrebelsky	97
3.5. La crítica de García Amado a Zagrebelsky	101
3.6. La crítica de Gregorio Peces-Barba	104
3.7. Respuestas generales a los críticos	105
3.8. La argumentación en el Estado constitucional	109



3.9. Conclusión del capítulo	113
 CAPÍTULO IV	
4. Las respuestas de Zagrebelsky a la crisis actual del constitucionalismo	117
4.1. El control de constitucionalidad en Zagrebelsky	118
4.2. La crisis sociológica de los valores	123
4.3. Problemas de la interpretación constitucional	127
4.4. El constitucionalismo global	129
4.5. Zagrebelsky y la soberanía	132
4.6. Conclusión del capítulo	137
 CAPÍTULO V	
5. El futuro del constitucionalismo y los desafíos para el derecho dúctil	141
5.1. El derecho hacia el futuro	144
5.2. La crisis de la globalización	147
5.3. El pluralismo democrático	150
5.4. El predominio oligárquico	153
5.5. El papel de la legislación orientada a la justicia	160
5.6. La moralidad de la judicatura	165
5.7. Conclusión del capítulo	167
 CONCLUSIÓN	 171
BIBLIOGRAFÍA	173



INTRODUCCIÓN

En este proemio se debe apreciar que la presente investigación, versa sobre las propuestas teóricas del constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelsky, quien se ha destacado por desarrollar la doctrina del derecho dúctil, la cual propone la manera de concebir los principios que informan al Estado constitucional de derecho. Las propuestas de este autor, exjuez constitucional en Italia, se esfuerzan por pensar el derecho en una época postpositivista, debido a que la noción de ley se ve limitada ante la nueva comprensión constitucionalista de los órdenes jurídicos.

Como es de esperar, esta contribución ha generado un considerable debate, pero sus intuiciones han sido tan estimadas, que han convertido a este jurista en uno de los referentes del pensamiento constitucionalista contemporáneo. Su investigación, por lo tanto, ofrece la oportunidad de plantear algunas preguntas interesantes para la filosofía constitucional contemporánea, especialmente en relación a los problemas que enfrenta el derecho contemporáneo.

La presente investigación pretende determinar si el derecho dúctil, ideado por Gustavo Zagrebelsky, genera elementos para una práctica jurídica capaz de incrementar la calidad de la democracia constitucional, en especial respecto al ejercicio de las cortes constitucionales.

La hipótesis de este trabajo respondió de manera positiva a la precedente pregunta, pues se considera que el derecho dúctil, permite solucionar una serie de problemas que requieren de una solución integral. Es, en consecuencia, un modelo de pensamiento digno de ser estudiado con profundidad.



Esta investigación es de tipo doctrinal. Por lo tanto, no se sitúa en un ámbito geográfico definido, lo cual no quiere decir que no se preste cierta atención a ejemplos y casos del contexto nacional. De esta manera, el pensamiento de este autor es expuesto en el contexto del interesante diálogo en el que están inmersos muchos de los más destacados constitucionalistas actuales, pero se le presta atención especial a algunos de los problemas que se enfrentan en el ámbito nacional.

Los planteamientos de Zagrebelsky permiten entender la función de la Constitución en contextos complejos, en donde convergen diferentes perspectivas del mundo. Ofrece sugerencias teóricas capaces de iluminar áreas constitucionales que requieren mayor análisis, especialmente en una época de pluralismo. Siguiendo la idea de la ductilidad del derecho, se demuestra que el pensamiento de Gustavo Zagrebelsky, ofrece elementos valiosos para la práctica del ideal jurídico-político que define a la democracia constitucional.

Esta hipótesis ayuda a penetrar algunas de las más evidentes falencias de la práctica constitucional contemporánea. Puede ser una guía para desarrollar de manera más clara el contenido constitucional del derecho, sin verse limitados por los contornos del derecho positivo. Permite responder preguntas como: ¿cuál es la relación entre cultura y constitucionalismo? ¿Cómo se relaciona la moral social con el derecho constitucional? ¿Cómo se puede abordar constitucionalmente los conflictos en sociedades pluralistas? ¿Cómo se puede alcanzar la justicia en casos especialmente complejos?



Evaluar la propuesta del derecho dúctil, ideada por Gustavo Zagrebelsky, contribuye a generar una práctica jurídica capaz de incrementar la calidad de la democracia constitucional. En particular, ayuda a pensar la verdadera importancia de la ética dentro del derecho constitucional. En esta dirección, el enfoque del derecho dúctil ayuda a aclarar la manera en que otras escuelas influyentes en el constitucionalismo contemporáneo visualizan el papel de la moral en sus discursos. Por lo tanto, el pensamiento de Zagrebelsky se ubica dentro del campo de la escuela neoconstitucionalista, de hecho, con ciertas características que lo convierten en un ejemplo sobresaliente de esta doctrina.

El capítulo uno de este estudio, se centra sobre los aspectos preliminares de la investigación. Se presta especial atención al contexto crítico por el que atraviesa el constitucionalismo actual. Se hace una breve exposición del ideal histórico del constitucionalismo. Posteriormente, se ofrece una explicación del surgimiento del primer constitucionalismo, de origen liberal. Se ofrece, finalmente, una pequeña reflexión sobre el pensamiento constitucional contemporáneo. Estos elementos ayudan a comprender el sentido e importancia del pensamiento de este autor.

El capítulo dos, se encarga de presentar el pensamiento de Zagrebelsky, en particular su visión del derecho dúctil. Se presenta el contexto cultural en el que surge el pensamiento de Zagrebelsky, en especial lo relativo a la conciencia de los valores. Se procede entonces a presentar el derecho dúctil, el elemento principal de la propuesta de Zagrebelsky. Se lo ubica dentro del marco del neoconstitucionalismo, corriente fundamental en el que se inscriben algunos de los planteamientos constitucionales más



importantes. Se presenta el constitucionalismo moderno y el actual. Este capítulo es capaz, pues, de presentar la relevancia del pensamiento de este autor.

En el capítulo tres, se presta atención a la forma en que se modifican algunas preguntas clásicas de la filosofía del derecho. Se discute la nueva etapa de la discusión entre iusnaturalismo y positivismo, especialmente a partir del surgimiento del constitucionalismo. Se plantea la reevaluación del núcleo axiológico de la Constitución a partir del cambio constitucional de la época contemporánea. Se discuten, asimismo, las críticas a Zagrebelsky por parte de Riccardo Guastini a nuestro autor, Juan Antonio García Amado y Gregorio Peces-Barba. Se ensaya una respuesta general a los críticos de Zagrebelsky. Se culmina con un breve análisis de la teoría de la argumentación en el modelo constitucional.

En el capítulo cuatro, se analizan varias cuestiones cruciales del pensamiento de este autor. Se presta atención al cada vez más importante tema del control de constitucionalidad en el pensamiento de Zagrebelsky. Asimismo, se estudia brevemente el problema de la crisis sociológica de los valores constitucionales. Se analiza el problema de la interpretación constitucional. Se dedica un espacio a reflexionar sobre el cada vez más difundido ideal del constitucionalismo global. Finalmente, se trata el tema de la soberanía en Zagrebelsky.

En el capítulo cinco, se parte de la tesis de que el futuro del constitucionalismo es de orden global. Se muestra cómo el proyecto de Zagrebelsky apunta firmemente en esta dirección. En la primera sección se explica en qué se puede prever una proyección de la justicia constitucional en el futuro. En la segunda, se examina la crisis de la



globalización, aspecto importante en el pensamiento de este autor. La tercera sección se examina el problema de la pluralidad democrática, en un mundo en el cual cada vez la integración es más fuerte. En la cuarta se trata el predominio de la oligarquía a nivel general. La quinta, se hace un breve análisis de una legislación orientada a la justicia. La sexta parte, analiza el papel de la moralidad en el ejercicio de la judicatura.

Finalmente, la conclusión del trabajo resume los aspectos generales del pensamiento de Zagrebelsky para señalar su continua relevancia. Se enfatiza que aun quedan muchas tareas por realizar, pero el pensamiento de Zagrebelsky es un paso en la dirección correcta. Vienen tiempos fundamentales para el constitucionalismo, el cual debe, de una vez por todas, superar sus limitaciones conceptuales.



CAPÍTULO I

1. El constitucionalismo democrático en crisis

Es difícil negar que el relativo éxito alcanzado por el paradigma constitucional contemporáneo, que asume como fundamento de legitimidad jurídica, a los derechos humanos universales, ha constituido uno de los acontecimientos jurídicos más esperanzadores de la historia humana. Indudablemente, este ha sido un avance firme en la consolidación de una institucionalidad racional y justa que recoge la aspiración histórica de justicia que ha sido expresado, de una manera u otra, por todas las sociedades a lo largo de su existencia. Esta lucha, desde luego, se ha llevado siempre prestando atención a las diferentes concepciones del mundo y a distintas maneras de vivir que, a su vez, inspiran la organización de las distintas sociedades, así como de diferentes colectivos al interior de estas.

El discurso de los derechos humanos universales ha puesto de relieve, nuevamente, el anhelo humano de encontrar una sociedad justa, con una definitiva opción por una democracia que no es regla de la mayoría, sino aspiración de inclusión y respeto de la dignidad humana. Es un renovado intento por la larga tarea de crear una sociedad justa que, de una vez, sea capaz de abandonar los errores que han infligido un sufrimiento atroz a muchas sociedades a lo largo de la historia.

Sin embargo, este ideal, fruto de una época, como el siglo XX, sacudida por dos guerras mundiales consecutivas y una larga Guerra Fría entre los Estados Unidos y la Unión Soviética, en la cual muchos países sufrieron las consecuencias inmediatas, ha sido puesto en peligro por las cada vez más evidentes carencias en su implementación.



Como se demostrará, siempre quedan áreas ciegas que en las que se incuban poderes que, desarrollados por circunstancias históricas no siempre previsibles, tornan la lucha por la justicia en una empresa en peligro de fracaso, que sigue siendo la misión del derecho. La situación es tan grave que se hace evidente que existe una crisis constitucional que afecta a muchos países.

La historia muestra que cualquier proyecto de mejoramiento social se enfrenta a fuerzas que tratan de imponer sus perspectivas regresivas o reaccionarias. La historia norteamericana muestra, por ejemplo, lo difícil que resulta erradicar prácticas inhumanas como la esclavitud, la cual se ha convertido en una segregación y discriminación que crea aun hoy problemas graves de integración social. Por esta razón, es necesario siempre luchar por que se impongan los valores del derecho y se defiendan los derechos de las personas y grupos vulnerables.

Alguien que tenía conciencia clara de esta lucha del derecho era Von Jhering (2018), quien afirmaba que:

Todo derecho en el mundo debió ser adquirido mediante la lucha; todos los principios de derecho que están hoy en vigor han tenido que ser impuestos mediante la lucha frente a quienes no los aceptaban, por lo que todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, depende de que estemos dispuestos a defenderlo. El derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he ahí porque la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerlo efectivo.

(p. 49)



En efecto, el proceso de constitucionalización de los derechos humanos, tan esperanzador y orientado hacia la justicia, fruto de un proceso se inició después de la Segunda Guerra Mundial, ha estado sujeto en los últimos tiempos a un proceso de desmantelamiento fomentado, nunca de manera explícita, por fuerzas sociales negativas que se orienta hacia una injusticia que crean una desigualdad y pobreza inaceptables. Desde hace tiempo, en efecto, se ha ido estructurando una crisis social, política y económica que viola de manera evidente los derechos que corresponden al ser humano. El mundo se encuentra en poder de un número reducidísimo de personas.

En efecto, según un reciente reporte de la organización británica Oxfam (2020), citado por la agencia alemana DW en el 2020, apenas 2153 millonarios tienen una riqueza mayor que la de los 4600 millones de las personas más pobres del planeta. El mencionado reporte hace la observación de que, alrededor del mundo, solo el 4 por ciento de la recaudación fiscal viene de impuestos a la riqueza, cuyos detentadores suelen escapar de sus obligaciones fiscales.

Detener este proceso exige medidas que tengan por objeto reencontrar las posibilidades de promover la vida humana digna, es decir, requiere de nuevo la lucha por un derecho justo. Es evidente que tal situación calamitosa se facilita debido a regulaciones legales que no funcionan para financiar con suficiencia las prestaciones implicadas por el respeto de los derechos sociales. Los grupos con mayor poder económico aprovechan las lagunas regulativas internacionales para evitar el pago de impuestos, a pesar de que suelen controlar el poder de los estados debido a su poderío financiero. En esta situación se presenta la usual idea de que los derechos sociales son



secundarios respecto a los derechos individuales, situación que hace que estos se recorten de manera notable.

Esta crisis requiere en la actualidad de urgentes medidas destinadas a la recuperación, consolidación, fortalecimiento y promoción del Estado constitucional de derecho. La desigualdad escandalosa de las actuales sociedades, la cual hace que pocas personas controlen la mayor parte de riqueza del mundo, pone en entredicho la posibilidad de ascender en la escalera social y garantizar un mínimo social que se corresponda con la necesidad humana de bienestar para poder llevar a cabo su vida de una manera justa.

Un reporte de la Comisión Económica para América Latina (2016) presenta el siguiente argumento:

(...) la desigualdad genera barreras muy marcadas que dificultan que las personas asciendan socialmente, logren mayores niveles de bienestar que sus padres o aspiren a que sus hijos los alcancen. Varios estudios muestran un vínculo entre el aumento de los niveles de desigualdad y la disminución de los niveles de movilidad social. En América Latina y el Caribe se observan relaciones estrechas entre el nivel socioeconómico de los padres y el que alcanzan sus hijos e hijas, lo que perpetúa las brechas mediante la transmisión intergeneracional de las oportunidades. Ello ocurre porque la estructura social tiende a reproducirse a través de una estructura (diferencial) de oportunidades y una enorme disparidad de resultados, limitando la movilidad, particularmente hacia los estratos sociales más altos. (p. 15)



Frente a tal desigualdad que corroe la sociedad, es imperativo rescatar un modelo de legitimidad de los sistemas jurídicos y políticos que ha representado, como pocas veces, una evolución, jurídica, política y moral en la historia trágica de la humanidad. Este es el sistema normativo de los derechos universales, cuya protección última ha sido encomendada a las ONU, institución que, sin embargo, no ha cumplido la misión que algún día se le encomendó, por una serie de razones que también se vinculan con la operación de fuerzas sociales poderosas que ponen encima sus intereses sobre el bienestar legítimo de la humanidad, hecho que demuestra su escaso interés en la práctica de los derechos humanos.

Debe recordarse que el logro de reconocer tales derechos no fue gratuito, sino un acontecimiento que respondía a necesidades sentidas por la humanidad, la cual había sido afectada en varios modos, siempre trágicos, por la espantosa hecatombe provocada por los fascismos europeos. Estos surgieron del resentimiento de naciones que habían sido humilladas por las decisiones de los ganadores en la Primera Guerra Mundial, lo cual hizo que surgieran líderes nacionalistas como es el caso de Hitler.¹ Con este enorme logro normativo, la humanidad se decidía a marcar un paso adelante, definitivo, en la evolución del humanismo dentro de la vida social, el derecho y la política.

¹ Nuestra referencia es a la crisis económica que sobrevino en Alemania a consecuencia de las reparaciones de guerra que tuvo que pagar a los países vencedores después de finalizada la primera contienda. Este fenómeno provocó casi una década de penuria económica en Alemania, la cual se aceleró con la crisis bursátil de 1929. Esto hizo que, de manera paulatina, fuera ganando popularidad las ideas de un pequeño grupo de fanáticos de ultraderecha encabezados por Hitler, quien después de ser alcanzado por liderar un movimiento golpista en 1923, se decidió a participar en la política legítima. Sin embargo, al llegar al poder dismanteló las cortapisas que lo limitaban.



Se hizo evidente entonces que era imperativo tomar en cuenta los llamados de la conciencia moral de la humanidad para evitar el mancillamiento de la dignidad humana, la cual podía volver a producir resultados trágicos. Se tomaba conciencia imperativa de que era indispensable respetar la dignidad humana y los derechos que son exigidas por su reconocimiento. En el Preámbulo de tan magno documento, como lo es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se señalaba “que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

De otro modo era imposible conseguir sociedades que no volvieran a caer en los excesos de dos guerras mundiales que tenido lugar en apenas 30 años del siglo XX. Estas habían causado una destrucción inmensa y habían cobrado la vida no solo de combatientes, sino de millones de personas inocentes, como es el caso del inmenso genocidio del pueblo judío en Europa. La Segunda Guerra Mundial, por otro lado, había terminado con terrible advertencia acerca de los peligros nucleares que serían la marca distintiva de las nuevas guerras planetarias. Desde entonces la amenaza de la destrucción total de la humanidad parece afectar, especialmente en momentos de crisis, a la humanidad actual.

Por su amplitud de miras, la Declaración Universal de los Derechos Humanos no se limitaba al flagelo bélico, sino que reconocía los aspectos sociales que inciden también en la salud política de las naciones. Se sabía que Hitler había llegado al poder gracias a la desesperación del pueblo alemán, por las repercusiones mundiales de la gran crisis económica de 1929, la cual había tenido como su epicentro a la economía especulativa de Wall Street. En consecuencia, se reconocía que un pueblo manipulado



por el resentimiento podía ser llevado a un dominio totalitario por grupos extremistas que al llegar al poder destruirían las instituciones democráticas. Había, pues, un reconocimiento implícito de las bases de la desigualdad social y los peligros que esta comporta.

La pobreza y la inequidad social no pueden ser aceptados como rasgo permanente de la realidad humana. Cuando la Declaración Universal de los Derechos Humanos expresaba su opción por la dignidad humana, dejaba espacio e inspiraba nuevos esfuerzos por asegurar una mejor vida para la comunidad de las naciones, no solo en el respeto a las libertades y derechos individuales liberales, sino también en la consideración de los derechos sociales.

Sin embargo, a pesar del desarrollo de declaraciones, legislaciones y sistemas de monitoreo y vigilancia de los derechos humanos, el proceso de consolidación de los derechos humanos no ha estado exento de conflictos y de algunos retrocesos. Desde entonces no ha habido un enfrentamiento tan masivo y abierto como la Segunda Guerra Mundial, la cual concluyó con la tragedia nuclear en Japón. Aunque han existido crisis, como la de los misiles soviéticos en Cuba (1962), el mundo se ha librado de otra guerra mundial, aun cuando se han dado períodos de tensión como el de la Guerra Fría (1945-1989).

Sin embargo, existe un abismo creciente entre la realidad social y las expectativas constitucionales cada vez más profundas y exigentes. Este abismo ha tomado mayor importancia en la actualidad, puesto que crea condiciones que de hecho fomentan el conflicto social de maneras cada vez más evidentes. Se ha dado el retorno de



gobiernos autoritarios, como es el caso del reciente gobierno de Donald Trump en los Estados Unidos; subsisten, sin embargo, una serie de gobiernos de corte antidemocrático en muchos países del mundo como Brasil, Filipinas, Hungría, Polonia, aparte de los gobiernos autocráticos de Oriente Medio.

De este modo, una reflexión renovada sobre el constitucionalismo, sobre sus perspectivas y limitaciones, sobre su historia y limitaciones conceptuales, es necesaria para comprender el signo de las crisis actuales. La ciencia jurídica actual, específicamente la constitucional, debe resolver algunos problemas urgentes que no admiten mayor demora.

En esta tesis se examinan las contribuciones al pensamiento constitucional moderno, que han sido desarrolladas por el constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelsky. Este jurista, exmiembro de la judicatura constitucional en Italia, comprende con singular profundidad las raíces de la presente crisis y ofrece una manera de plantear las cuestiones cruciales que plantea la supervivencia del ideal constitucional. Se acude a este autor debido a su manifiesta preocupación por los problemas actuales, los cuales aborda con un nivel profundo que, como la autora espera, vaya quedando claro en este trabajo de investigación.

Este capítulo presenta el escenario que explica el contexto actual y el desarrollo histórico en que se encuentra el constitucionalismo contemporáneo. En la primera parte trata de ofrecer una sinopsis de los problemas contemporáneos a los que debe responder el modelo del constitucionalismo democrático. Este tema será retomado en el capítulo quinto, en el cual se examina los recursos teóricos que brinda el



pensamiento de este autor para tratar los problemas contemporáneos del constitucionalismo. En segundo término, el capítulo presenta una descripción del desarrollo del constitucionalismo como ideal histórico. En tercer lugar, se analiza el primer constitucionalismo, el cual es equivalente al surgimiento del constitucionalismo liberal. En la cuarta sección, se realiza un breve análisis del constitucionalismo moderno, o mejor dicho, contemporáneo. Finalmente, al igual que en los otros capítulos, se incluye un breve sumario de los argumentos del capítulo para que sirva como recurso para ayudar a la precisión de los argumentos presentados.

1.1. Problemas actuales en el constitucionalismo

Algunos juristas destacados han registrado, desde hace un tiempo considerable, el declive de las expectativas que presenta el constitucionalismo contemporáneo. Por ejemplo, hace algunos años, Ferrajoli (2011) señalaba cómo en su natal Italia el gobierno rechazaba “los límites y vínculos constitucionales impuestos a las instituciones representativas” (p. 21). El constitucionalista italiano notaba que este fenómeno se relacionaba con el creciente dominio de los poderes privados, los cuales, en su ambición, alcanzan ciertos niveles de salvajismo. Esta situación se ha generalizado alrededor del mundo, a través de un proceso de vaciamiento constitucional que ha provocado niveles de desigualdad con los denunciados en la sección anterior.

Desde entonces, el constitucionalismo ha ido en declive, como lo muestra la misma situación constitucional en Guatemala, en donde incluso, desde hace algún tiempo, se han multiplicado y politizado las decisiones adoptadas por la Corte de



Constitucionalidad, así como los amparos que se interponen frente a esta. Por otro lado, como en Estados Unidos y otros países, la conformación de las cortes reflejan intereses políticos poderosos, en detrimento de las expectativas democráticas de la sociedad en general.

Por otro lado, una incontenible desigualdad ha desmentido las expectativas sociales de un enfoque que ve a la Constitución como un pacto de ciudadanía que contempla, no solo la erradicación de los conflictos bélicos, sino también la existencia de sistemas sociales que satisfagan, desde el Estado, las necesidades y requerimientos básicos de orden material que requiere un orden social basado en los derechos humanos. El constitucionalista español Pisarello (2014) ha notado cómo los procesos constitucionales que plantean un mejoramiento de las condiciones de vida de la sociedad generalmente son opuestos por poderosos movimientos reaccionarios. (especialmente en el capítulo 4 de su obra). Sin embargo, día a día se ve el declive en salud, educación y otros factores de bienestar social que el constitucionalismo contemporáneo no ha olvidado.

Muchos gobiernos parecen dispuestos a ignorar los dictados que emanan de los órganos jurisdiccionales encargados de la interpretación constitucional. El gobierno guatemalteco de Jimmy Morales, para mencionar un ejemplo cercano, desacató abiertamente las órdenes que emanaron del tribunal constitucional en ciertas coyunturas críticas. En la actualidad, ya con un nuevo gobierno, se manifiesta esta creciente tendencia hacia el cuestionamiento de las decisiones del tribunal constitucional o hacia interpretaciones constitucionales que no pueden encuadrarse dentro del sentido real del constitucionalismo.



Debe mencionarse, sin embargo, que esta tendencia no solo es en Guatemala, sino que también en otros países como es el actual caso de Brasil, Hungría, India, Polonia y Filipinas, entre otros países, que en la actualidad tienen gobiernos autocráticos. Dicho fenómeno es precisamente expresión de la crisis del constitucionalismo del siglo XXI, en donde el populismo ha hecho mella en la institucionalidad del Estado.

Para destacar la profundidad de la crisis, debe subrayarse que la situación de necesidad y precariedad ya no es un atributo de los países llamados “tercermundistas”. En efecto, muchas personas en el mundo “desarrollado” viven existencias precarias, con empleos temporales, de medio tiempo y sin prestaciones que no debieran ser aceptables en un Estado constitucional de derecho que carece de medios suficientes para ayudar a las necesidades. El jurista español Estévez Araujo (2015) nota cómo la quiebra del sistema financiero acabó con el rescate de la banca europea y la quiebra del Estado, lo cual ha llevado a la “democracia en bancarrota” (p. 17), situación que ha llevado a crisis periódicas en países como España.

En esta dirección se multiplican los esfuerzos y las luchas sociales y políticas, especialmente en el Europa, por mejorar dicha situación. Dichos esfuerzos siguen el anhelo por hacer que se respete la dignidad humana, recuperando logros que nunca debieron haberse perdido. En el caso señalado, por ejemplo, los intereses de la banca no pueden justificar la pérdida masiva de empleo y garantías laborales, en resumen, la precariedad que trajo tal crisis, especialmente cuando las responsabilidades caían sobre la irresponsabilidad del sistema bancario.



En los Estados Unidos, asimismo, se ignoran flagrantemente los derechos humanos de las personas que emigran hacia ese país, como sucedió hace algún tiempo con niños migrantes que, habiendo sido separados de sus padres, fueron enjaulados; en los últimos años, también se ha puesto de manifiesto la violencia policial en contra de los ciudadanos americanos negros. El problema es que este fenómeno aconteció en un país que, durante los últimos siglos, ha sido ejemplo de la democracia liberal, y a menudo, ha impuesto sus perspectivas políticas alrededor del mundo, muchas veces con la ayuda de sus fuerzas armadas. Sin embargo, el problema del racismo sigue afectando a dicha nación.

En naciones como Guatemala, y otros países de Centroamérica, sigue rampante el proceso de desigualdad y de impunidad, el cual ha llevado al Estado a una situación de incapacidad para responder a las necesidades que impone la sobrevivencia digna de muchas personas. Grandes caravanas de inmigrantes hondureños, con gran número de mujeres y niños, emigran a pie hacia los Estados Unidos, afrontando los peligros más atemorizantes. La actual situación del coronavirus es una muestra palpable de la disfuncionalidad de un Estado, que ni siquiera puede garantizar los derechos de salud más básicos.

En la actualidad, es difícil negar que el proceso de realización de los derechos humanos encuentra serias dificultades para su realización. De este modo, la pobreza, las hambrunas y las guerras continúan, cobrando un numeroso caudal de víctimas en todas las regiones del mundo, especialmente en los países más pobres. La actual crisis del coronavirus ha mostrado, en particular, las diferencias sociales que afectan al mundo actual; por ejemplo, no todos los países tienen acceso igual a las vacunas y



equipo médico de calidad. Asimismo, se anuncian problemas como el del cambio climático y la escasez del agua.

Existen problemas que ya son crónicos. Los derechos sociales, reducidos muchas veces a objetivos “programáticos” más que derechos humanos, nunca han recibido el mismo nivel de atención que los derechos individuales, lo cual ha llevado a su sistemática omisión.² La misma importancia acordada a los derechos individuales, no ha evitado que las garantías individuales también sean violados de manera sistemática por gobiernos autoritarios (por ejemplo, en el derecho penal). Este fenómeno no puede ser contemplado con indiferencia, debido a que muestra algunas de los aspectos que necesitan mayor explicación y reflexión por parte de los estudiosos del derecho constitucional, como es el caso del mismo Zagrebelski, quien apunta a tópicos importantes dentro de la práctica constitucional.

En virtud de la situación descrita con anterioridad, es conveniente replantearse el ideal constitucional mismo para poder identificar las raíces de los problemas actuales. Es necesario investigar y aclarar la serie de factores que ha generado la ineficacia de los sistemas constitucionales. Es necesario hacerlo, prestando atención a las características peculiares de cada país, debido a que estos problemas adoptan formas diversas en los diferentes estados. Sin embargo, debe hacerse frente a las dificultades doctrinales de tal estado de cosas.

² Como lo dice el preámbulo de Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966: “con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.



Un concepto que ha sido desarrollado para comprender esta situación es el concepto de “desconstitucionalización”. Este concepto permite explicar el progresivo declive de los paradigmas constitucionales de muchos países. La desconstitucionalización es un proceso que se incardina dentro del carácter dinámico de la Constitución. Esta es un cuerpo normativo que, en la medida en que está sujeto a la interpretación, experimenta cambios que los especialistas han llamado “mutaciones”. Dichas mutaciones no siempre son de carácter progresivo, sino que también pueden ser regresivas. De este modo, la Constitución puede vaciarse de contenido, especialmente en relación a la implementación de los derechos fundamentales. En ese sentido, se opera un proceso social de desconstitucionalización que crea un descontento social que corroee las instituciones.

Ahora bien, ese proceso es complejo y admite varias explicaciones. En medio de esa complejidad, algunos autores se refieren a “la inexistencia o la escasa voluntad de cumplimiento de la constitución, sea por los gobernantes, sea por los gobernados o por ambos al mismo tiempo” (Sagüés, 2010, p. 104). Desde nuestra perspectiva, esta “escasa voluntad de cumplimiento” no puede separarse de factores ideológicos o nuevas realidades sociales que descansan sobre presupuestos que no son compatibles con los principios constitucionales. Por ejemplo, el declive de las funciones del Estado ha llevado a que este pierda cada vez más posibilidades para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, especialmente porque estos cada vez disminuyen sus expectativas respecto a las obligaciones fiscales para atraer la inversión (Estévez, 2021).



Por esta razón, es importante tomar en cuenta el pensamiento de Zagrebelsky y otros teóricos de orientación crítica, quienes han puesto de relieve las tendencias ideológicas que han hecho del Estado un ente que se subordina a los objetivos de los grandes poderes privados. Estos, en efecto, no han sido disciplinados por las normas constitucionales y medran en los espacios no regulados del ámbito internacional. Es necesario, por lo tanto, prestar atención a los múltiples factores que inciden en la pobreza constitucional de la época.

En todo caso, y de manera paradójica, el naciente orden internacional de los derechos humanos, a pesar de esas falencias evidentes, ha seguido su desarrollo normativo y se dan avances que no pueden ser desdeñados. Este proceso se manifiesta no solo en la adopción de constituciones basadas en garantías para los derechos fundamentales, sino también en la creación de instancias transnacionales, regionales y globales, de defensa de los derechos humanos. Desde esta perspectiva, gran parte de la tarea consiste en reflexionar sobre las realidades sociales que han hecho que los cuerpos normativos pierdan eficacia, de manera que estos nuevos sistemas normativos puedan realmente funcionar.

El desarrollo de estos instrumentos e instituciones sigue, a pesar de que, incluso en la actualidad, muchos gobiernos siguen agendas no compatibles con los derechos humanos. Los grandes agentes económicos, asimismo, siguen llenando de contaminación el mundo. Esta situación debe encontrar soluciones reales y profundas que ataquen las causas del fenómeno, los cuales, a este parecer, radican en la crisis de valores que produce el hipercapitalismo que rige actualmente en muchas áreas de



la vida colectiva actual. El deseo de ganancia, el propósito de asegurar estas, ha creado una insostenible inequidad.

Por esta razón, es importante reflexionar una investigación sobre las ideas de Zagrebelsky, siempre ubicando su pensamiento sobre las tendencias históricas del constitucionalismo. En efecto, se siguen utilizando categorías que tuvieron su razón de ser en otros momentos históricos, pero que en la actualidad deben ser reevaluadas y, de ser posible, ser transformadas para controlar esos poderes que amenazan las tendencias democratizadoras del constitucionalismo, especialmente cuando este ha puesto de relieve la importancia fundamental de la dignidad humana y los derechos que emanan de esta. No está de más decir que tales perspectivas pueden también recuperar tendencias filosóficas del pensamiento jurídico, que quizás han sido olvidadas.

En virtud de la crisis señalada, es conveniente reexaminar las bases filosóficas y políticas del ideal del constitucionalismo de la actualidad. En esta dirección, es indispensable reflexionar sobre las ideas de los grandes constitucionalistas del presente, para revalorar algunas contribuciones que pudieron haberse pasado por alto, y que pueden ser útiles para comprender la situación actual, especialmente cuando se enfrentan crisis notables de gobernabilidad.

Autores como Robert Alexy, Carlos Santiago Nino, Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli, Manuel Atienza, Diego Valadés, ofrecen abundante material teórico para plantear diagnósticos y soluciones para los problemas que se experimentan en la actualidad en el avance del constitucionalismo humanista y democrático, el cual ya no se puede



confinar dentro de los límites del antiguo constitucionalismo liberal, el cual ya no puede señalar caminos para superar la crisis actual del modelo constitucional.

Uno de estos teóricos es el constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelsky, expresidente de la Corte Constitucional italiana y destacado profesor de la materia. Este ilustre pensador del derecho constitucional, quien se destaca además por su profundo conocimiento filosófico, ha dedicado su trabajo teórico a examinar los presupuestos del derecho a la luz de las transformaciones doctrinales propias del Estado constitucional moderno.

El análisis de Zagrebelsky subraya que el derecho moderno no coincide con el constitucionalismo si se sigue rigiendo por una concepción normativa rígida, que supone un Estado dotado de soberanía absoluta en el ámbito interno, y el cual solo puede relacionarse en términos de igualdad con otros Estados (aunque esto no sea cierto en la realidad). Este autor, como se verá, presta una atención fundamental a la diferencia entre principios y leyes. Su análisis se destaca por su opción por la importancia de la justicia concreta, la cual presupone ese sentimiento moral que se encuentra en todo ser humano y que permite buscar a través de la pluralidad de valores una respuesta satisfactoria a los problemas que se quieren resolver.

Dicho autor evalúa este ideal en el contexto de la integración de la Unión Europea, pero también es útil para otros contextos regionales, especialmente en la época del constitucionalismo global y el comparado. Lo que interesa en este trabajo es analizar su concepción del “derecho dúctil”, concepción filosófica que despierta animados debates en el contexto del constitucionalismo actual, precisamente por la capacidad



iluminadora de sus propuestas teóricas. Sin duda, el análisis de dicha corriente es útil para comprender el desarrollo de nuevas perspectivas en el campo de estudio del constitucionalismo, debido a que representa una opción que es sensible a los valores morales y a la pluralidad cultural que caracteriza a la mayoría de sociedades contemporáneas.

El pensamiento de Zagrebelsky ofrece algunas respuestas a los problemas del constitucionalismo actual, además de ofrecer reflexiones para el pensamiento constitucional del futuro. Por esta razón, después de presentar las líneas fundamentales de su fructífero pensamiento y su intercambio con otros juristas destacados, se procederá, en el capítulo final, a explicar el potencial de su pensamiento para resolver la crisis actual.

1.2. El constitucionalismo como ideal histórico

Para comprender la dinámica de cambios jurídicos, y así valorar las contribuciones de Zagrebelsky a la teoría constitucional contemporánea, debe aceptarse que el derecho es producto de un largo periplo histórico, en el cual no se puede desdeñar ciertas intuiciones básicas relativas a la justicia. Las ideas aparecen, desaparecen y regresan, siempre con nuevas características y nuevas razones para su aceptación. Las ideas también se ponen al día para responder a los desafíos que presentan los nuevos tiempos.

Por otro lado, aun cuando se sepa lo lejos que está el derecho concreto de la justicia, siempre los operadores jurídicos justifican sus acciones en función de la realización de dicho ideal, el cual, desde luego, no es el mismo en todas las épocas que ha conocido



la humanidad a lo largo de su existencia. Esa certeza de que existe una substancia de la justicia, aun cuando sea difícil de alcanzar, es una idea que ha sobrevivido al paso del tiempo y que sigue cumpliendo una función en el constitucionalismo actual.

En particular, poco a poco se han desarrollado perspectivas críticas, que cuestionan las formas concretas que adquiere el derecho a través de la historia. Ya se ha visto, en la cita anterior de Jhering, que el derecho es una continua lucha entre fuerzas sociales. Desde hace mucho tiempo han surgido perspectivas que cuestionan el derecho vigente. De manera paulatina, el ser humano comprende que la búsqueda por la justicia no se agota en el derecho vigente, sino que existe una búsqueda de mayor aliento que trata de determinarlo. Esta es una tendencia histórica, como lo dice el reconocido filósofo del derecho alemán, Höffe (2015):

Originariamente, “justicia” significaba tan solo la conformidad con el derecho vigente. Hasta hoy se denomina a la autoridad que sirve al derecho, al sistema judicial, “justicia”. Sin renunciar a la estrecha relación con el derecho, desde hace mucho, sin embargo, tiene la justicia un significado más amplio y moralmente más fuerte. En una primera aproximación, ella se refiere tanto a la corrección en cuanto al contenido del Derecho (perspectiva objetiva), como también a la probidad de una persona (perspectiva subjetiva). Especialmente en tanto justicia objetiva, ella constituye un concepto fundamental del deseo humano: es al mismo tiempo objeto del anhelo humano como de demanda humana. Ninguna cultura y ninguna época desean prescindir de la justicia. Que en el mundo impere la justicia, pertenece a los fines directrices de la humanidad desde sus inicios. (p. 13)



Ahora bien, una de las maneras de liberarse de este derecho vigente, es el derecho natural. Al mismo tiempo, este provee una de las justificaciones más tempranas de la ley y el contenido del derecho. Engloba la idea de que la legitimidad del derecho no radica en la desnuda voluntad del que tiene la autoridad en la sociedad e impone una forma de derecho, sino en una justicia objetiva que rige en los asuntos humanos, con independencia de los que gobiernen en un momento dado. En el contexto griego, la historia de Creonte, contenida en la famosa tragedia *Antígona* de Sófocles, es fundamental para comprender este importante tema. En esta historia, el rey Creonte, desobedeciendo costumbres religiosas, decreta que no se entierre a Polínices, decisión que provoca la oposición de Antígona, hermana de este último. Como lo dice el mismo Höffe (2015):

Desde que Antígona, apelando a las "leyes no escritas e inquebrantables de los dioses, [leyes que no son] de hoy ni de ayer" (Sófocles, *Antígona*, versos 471-473), pasa por encima de un mandato del rey de Tebas Creonte, y poniendo en peligro su vida, entierra a su hermano Polinices, se alimenta el desarrollo del derecho occidental de un impulso crítico. En contra de la arrogancia del poder que piensa tener permitido elevar al grado de derecho vigente disposiciones arbitrarias, es sostenida la idea de una obligación separada de cualquier autoridad humana, cuyo reconocimiento debe cada sociedad a sus ciudadanos y que autoriza la resistencia en caso de un desacato extremo. (p. 54)

Posteriormente, en un sentido primigenio de justicia, esta creencia se desarrolla de diferentes modos, generando la creencia en un derecho natural o iusnaturalismo. Previo a esto se opera, sin embargo, un desapego al derecho vigente, asumiendo que



existe una justicia de orden diferente, pero más alto. En ese sentido, el constitucionalismo contemporáneo no es enteramente nuevo, cuando pone en un sitio restringido a la ley. Desde luego, la forma en que esto sucede depende de la misma naturaleza del constitucionalismo que se tome como punto de partida.

Para señalar un proceso ya más tardío, este se hace presente en el terreno de la moral de los estoicos, quienes florecen en el mundo helenístico construido por Alejandro Magno (356 a. C.-323 a. C.) en particular a través del concepto de dignidad humana. Este tiene una larga historia, que hunde sus raíces en las primigenias contribuciones de esta escuela, corriente que floreció en el mundo posterior a la edad de esplendor de la filosofía griega clásica que adquiere su esplendor con Sócrates (470-399 a. C.), Platón (437-347 a. C.) y Aristóteles (384-322 a. de C.). Este movimiento se plantea en el cristianismo, el cual se ve influenciado por el pensamiento estoico, en el cual se había desarrollado el primer derecho romano, incluso con la presencia del famoso jurisconsulto romano Marco Tulio Cicerón (106-43 a. C.).

Desde entonces, este concepto, herencia de la humanidad, ha aparecido y reaparecido, llegando a la época contemporánea, en donde se ha usado en el derecho constitucional para proteger los derechos fundamentales que les corresponden a los humanos en tanto humanos, esto es, en tanto seres que merecen un trato moral. Esta concepción incluso ha conocido más elaboración con la obra de pensadores como Immanuel Kant (1724-1804), quien vincula la idea de dignidad con la capacidad racional de autonomía.



El iusnaturalismo adquiere nuevos bríos en la Edad Media, en donde se destaca el pensamiento de Tomás de Aquino (1224-1274), quien desarrolla su labor de enseñanza dentro de la Orden Dominica, en ese entonces una orden religiosa nueva. Este autor, revolucionario porque intenta conciliar la razón y la fe, basa sus doctrinas en el pensamiento de Aristóteles (384-322 a. d. C), quien recién había sido traducido al latín del árabe, lengua en la que se había conservado parte significativa del legado griego antiguo, el cual se había perdido durante la tormentosa historia romana. Como es sabido, Tomás de Aquino recupera las virtudes aristotélicas, adecuadas para la felicidad y bienestar del mundo, pero les agrega las virtudes llamadas “teologales”, las cuales son la fe, la esperanza y la caridad (Contreras, 2014).

En esta dirección, Tomás de Aquino presenta una de las formulaciones más claras del iusnaturalismo cuando dice: “La ley no es más que una prescripción de la razón en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad” (citado en Contreras, 2014, p. 46). Este significado de la ley se deduce del hecho de que, según la doctrina que puede hacerse retroceder hasta los estoicos, filósofos que influyen durante el período posterior a la obra de los filósofos griegos clásicos, la razón divina ordena el Universo con sus leyes inmutables.

En la Edad Media surge una nueva versión del positivismo, ya bajo la influencia de la Orden de los franciscanos, quienes se oponían al pensamiento de los dominicos, liderado por Tomás de Aquino. Los dominicos pensaban que Dios era bueno porque se adecuaba a la idea del bien, mientras que los franciscanos pensaban que lo bueno es bueno porque Dios así lo ha determinado.



Así, por ejemplo, para los dominicos, Dios aborrece el asesinato porque este es malo, mientras que los franciscanos sostenían que el asesinato es malo porque Dios así lo ha querido. En ese sentido, el sentido moral del asesinato podría cambiar si Dios decidiese que es bueno. Puede verse entonces el voluntarismo propio del positivismo. La ley divina es expresión de la voluntad del supremo legislador, es decir, Dios.

Los representantes más famosos de los franciscanos que reaccionaron contra Tomás de Aquino son el fraile escocés Juan Duns Escoto (1266-1308) y el inglés Guillermo de Ockham (1285-1347). Estos pensadores, quienes enseñan en varias universidades de su época, reconocen la primacía de la voluntad divina y desvinculan, al contrario de Tomás de Aquino, la razón y la fe. La importancia de la voluntad, en consecuencia, es una anticipación, como ya se ha hecho ver, del positivismo, el cual, en cierto modo, no se asienta en el orden divino que hace que la verdadera ley se pueda reconocer en la naturaleza. Para Escoto, la voluntad es libre y no sujeta a la ley de la naturaleza, como pensaban los seguidores de Tomas de Aquino, la cual es revelada por la razón (Contreras, 2014).

Sin embargo, el positivismo, como doctrina plenamente desarrollada, se desarrolla a medida que evoluciona la idea del Estado posterior a la edad media. El gran legislador ya no es Dios, sino el que usufructúa el poder del Estado. No puede extrañar, dados los antecedentes del tiempo medieval, que esta doctrina se desarrolló en el pensamiento jurídico inglés, especialmente con Jeremy Bentham (1748-1832) y John Austin (1790-1859). Este último se destaca por defender la idea de que la ley es expresión de la voluntad del soberano; esta debe ser obedecida porque se apoya en la amenaza de la sanción de este.



Como escenario del desarrollo del positivismo y el constitucionalismo es importante el mundo inglés, en cuyo ámbito constitucional surgieron contribuciones importantes para limitar el poder de los monarcas. Los ingleses, con una peculiar tradición histórica que ha sido influyente para el surgimiento del liberalismo, responden a su manera al absolutismo regio que se imponía en el siglo XVII en Europa, especialmente bajo el dominio de la familia de los Estuardo, uno de cuyos representantes, el rey Jacobo I sostiene que la ley es el rey (Contreras, 2014).

Este intento de absolutismo en Inglaterra se da en consonancia con el ascenso de los Borbones en España y Francia. Inglaterra establece, en ese momento una monarquía constitucional-parlamentaria, con instituciones orientadas generalmente al liberalismo. De diferentes maneras, los presupuestos jurídicos de estas grandes conquistas cristalizarán, a su manera, en los Estados Unidos y Francia.³

El constitucionalismo, como lo señala Fioravanti (2001), es una modalidad fundamental de organización de la sociedad que ha adquirido varias formas históricas que no son continuas, pero en la que es posible identificar ciertos temas y tendencias comunes. El constitucionalismo de la modernidad puede ser relativamente nuevo, pero no por eso está desprovisto de antecedentes. Eso quiere decir que la formación de sus ideas fundamentales se había dado, al menos en parte, durante los siglos previos.

³ Esta tendencia se desarrolla en los Estados Unidos, país que incluso desarrolla en su Constitución, elaborada en 1787 una carta de derechos. Por otro lado, su modelo de defensa constitucional, basada en el predominio de la Corte Suprema de Justicia, sigue siendo muy influyente hasta la fecha. El ideal constitucional de Francia e Inglaterra coadyuvan a la creación de los modelos constitucionales en el mundo iberoamericano.



Es por esta razón que, en la lista de antecedentes de los derechos humanos, base fundamental del constitucionalismo contemporáneo, se suele incluir la Carta de Derechos en Inglaterra en el cual los barones ingleses exigen, en 1215, algunos derechos frente al rey Juan Sin Tierra. Sin embargo, de manera posterior, se empiezan a generalizar los pactos entre el rey y sus súbditos ya no solo en Inglaterra, país que sin embargo goza del prestigio de haber creado muchos antecedentes al constitucionalismo actual, a pesar de que, aún en la actualidad, carece de una Constitución formalmente escrita y promulgada.

Las constituciones escritas, sin embargo, no por eso son incambiables, puesto que cambian, ya sea por reformas o mutaciones a lo largo del tiempo, las cuales son impuestas por las cambiantes circunstancias a las que se enfrentan las diversas sociedades, especialmente frente a los cambios que trae la ciencia y las comunicaciones, así como los cambios tecnológicos que cambian las condiciones de vida a nivel regional y mundial.

Es el tiempo previo al aparecimiento del Estado moderno y su desarrollo del concepto de soberanía, el cual iba paulatinamente a establecerse en el Estado nación que se organiza en el mundo europeo, el cual enfrenta muchas guerras antes de alcanzarse la Paz de Westfalia en 1688. El acuerdo que establece esta paz es el instrumento normativo que establece el actual sistema de naciones-estado, el cual, como se ha argumentado, se encuentra en una crisis profundo en la época contemporánea. En efecto, la globalización, entre la que se puede incluir la mundialización del derecho, recorta algunas de las funciones reconocidas en el sistema estatal tradicional establecido en 1688.



Conviene tomar en cuenta, entonces, que el primer reconocimiento constitucional de derecho se da con el surgimiento de la monarquía constitucional en Inglaterra, como expresión del rechazo del absolutismo regio. Este movimiento, sin embargo, denotaba la existencia de una larga tradición inglesa en la tarea de limitar el poder de la monarquía, la cual se hacía presente desde la edad media, como en el caso de la ya mencionada Carta Magna de 1215 y otras tradiciones y acuerdos que limitaban al monarca en relación al Parlamento; algunas de estas, incluso, constituyen antecedentes del antejuicio y el juicio político, las cuales surgen como reacción a la arbitrariedad del poder de los monarcas. Estas tradiciones serán recuperadas en las revoluciones inglesas del siglo XVII, razón que explica el profundo constitucionalismo tradicional, sin texto escrito, que ha caracterizado a los ingleses, cuyas contribuciones son tan importantes para el pensamiento liberal.

Posteriormente, la idea del derecho natural irá dando lugar a la doctrina de los derechos naturales, lo que indica la importancia del iusnaturalismo en la historia del pensamiento jurídico y político. Bajo esta perspectiva, el ser humano, como en el caso de John Locke (1632-1704), es capaz de entrar en un contrato que funda el orden civil para, entonces, crear el orden civil que tiene como límite el respeto de los derechos naturales, que en el caso de Locke son la propiedad, la libertad y la vida. Sin duda, esta creencia en los derechos intrínsecos de los seres humanos, en un mínimo moral que no puede franquearse impunemente, plantea la presencia del iusnaturalismo en los tiempos modernos.

A partir de las consideraciones anteriores, puede verse que el constitucionalismo ha sido una tendencia que, de una forma u otra, ha acompañado la tradición política del



mundo occidental: las sociedades han estado conscientes de los abusos del poder. Por esta razón, las formas de constitución y sus objetivos específicos han ido cambiando con el paso del tiempo, reflejando los cambios históricos que se han dado en la cultura occidental. Sin embargo, existen algunas notables generalidades que resaltan en dicha historia.

Como lo dice el historiador del constitucionalismo, Fioravanti (2014): “El constitucionalismo es, desde sus orígenes, una corriente de pensamiento encaminada a la consecución de finalidades políticas concretas consistentes, fundamentalmente, en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas” (p. 17).

Fioravanti ha estudiado los antecedentes del constitucionalismo a través de la historia para, sin caer en anacronismos, reconocer debidamente los antecedentes premodernos del constitucionalismo. Sin embargo, reconoce que el constitucionalismo como lo entendemos hoy es un producto propio de la modernidad, asume el origen humano, siempre determinado por las realidades sociales, de las construcciones políticas.

Se debe recalcar que el desarrollo del constitucionalismo parece estar atado, como lo reconoce el mismo Fioravanti, a la historia del Estado moderno. De este modo, cuando cambia la visión del Estado, se transforma de manera paralela la visión de los derechos frente a este, la concepción de la organización política fundamental de la sociedad respectiva. Este fenómeno se da especialmente con la creación del Estado moderno en la Revolución francesa y la Independencia de los Estados Unidos, los cuales son



aceptados como los dos acontecimientos que dan origen al sistema constitucional de derecho que rige en la actualidad, aun cuando se avizoran algunos cambios fundamentales. Estos países, sin embargo, asumen diferentes caminos, en especial, a través de la prevalencia del legislativo en Francia y el poder judicial en el modelo norteamericano. Ambos modelos implican diferentes concepciones filosóficas del poder constituyente de la sociedad y la forma en que este se debe regir en la sociedad democrática.

Se comprueba, nuevamente, lo que ya se ha dicho. La mayoría de ideas e instituciones políticas y jurídicas no son nuevas. Estas suponen cambios a conceptos anteriores, de manera que se va creando la historia de una institución o una idea a lo largo de muchos siglos de cambios y arduos debates, a menudo, asociados a grandes transformaciones sociales y políticas como es el caso de la Revolución francesa. Prestar atención a las vicisitudes históricas de una disciplina o un campo de práctica hace posible comprender los factores que inciden en el desarrollo del objeto de estudio. Si no se realiza este esfuerzo, es muy posible que la comprensión de un fenómeno cultural, en este caso del derecho constitucional, se vea muy limitada. El problema del poder, por ejemplo, es de naturaleza histórica y requiere ideas diferentes según este se modifica a través de los tiempos.

El ideal constitucional, es decir, el de un marco que explique las obligaciones y derechos fundamentales de una sociedad, siempre ha estado presente, aun cuando sea de diferentes modos. Por esta razón, dice Fioravanti (2010) que el constitucionalismo puede ser moderno, pero que en este "sean recurrentes problemas que se remontan a épocas anteriores, de origen antiguo y medieval" (p. 17). En ese

sentido, se suele hablar de constitucionalismo griego o romano, y se mencionan las contribuciones que vienen de estas culturas, pero deben considerarse los contextos.



Precisamente, esta pequeña intuición puede ser útil para comprender el surgimiento del constitucionalismo como un ideal político, que ha encontrado un nuevo desarrollo en la época actual. Asimismo, puede ayudar a comprender el desarrollo de las propuestas contemporáneas del constitucionalismo, entre las cuales se encuentran las ideas de Zagrebelsky.

1.3. El constitucionalismo liberal original

Los grandes acontecimientos constitucionales de la época moderna son los elaborados durante dos acontecimientos: la independencia de los Estados Unidos y la Revolución francesa. Estas se desarrollan siguiendo diversos caminos, debido ante todo a las marcadas diferencias entre ambos países, una de las cuales, el hecho de que Estados Unidos no sintió la presión de tener como vecinos a países que lo amenazaran, como sí sucedía en el ambiente europeo. No había, además, un viejo régimen que había que destruir al inicio de los Estados Unidos, como sí lo hubo en el caso de la Francia revolucionaria. Otra consideración histórica apunta a los órdenes que debían transformarse.

Sin embargo, se reconoce que los norteamericanos fueron influenciados por la tradición inglesa que ya había llevado, con la ayuda de Locke, a la concepción de la monarquía constitucional. La idea del contrato, sin embargo, ya no encontraba la fuente del gobierno o el Estado en un gobernante que venía impuesto por una fuente exterior a la comunidad. Por esta razón, los Estados Unidos se ven obligados a establecer una



nueva figura política, la presidencial, la cual iba a traer consecuencias en todo el mundo occidental

Pero la tradición francesa difiere de la norteamericana. La primera impone una nueva visión cuando promulga la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, la cual se materializa inmediatamente en diferentes constituciones, varias en los años subsiguientes a dicha declaración. En el ámbito norteamericano, la Constitución de ese país se promulga en 1787 y, salvo pequeñas enmiendas, dicho documento sigue teniendo vigencia en la actualidad. Desde luego, la situación es más compleja cuando se plantean los cambios interpretativos que marcan las mutaciones y que, en algunas ocasiones, llegan a consolidarse, como enmiendas constitucionales en el pleno sentido de la palabra.

Ambos experimentos, especialmente el norteamericano, suponen un momento de la historia en el que se trata de plasmar una interpretación de la naturaleza de las sociedades humanas. Esta nueva visión experimenta mayores problemas en Francia, debido a los grandes intereses que se veían afectados por el desmantelamiento del Estado monárquico.

En todo caso, los momentos culminantes de este proceso son la creación de los Estados Unidos de América y la Revolución francesa, siempre que se tome en cuenta la influencia de John Locke, que bajo la perspectiva del constitucionalista español Ramón Blanco (2010) es también “el filósofo político *por excelencia* de la Revolución inglesa de 1688” (p. 45). En ese sentido, el empirista Locke es el teórico de la monarquía constitucional, el cual impone una visión basada en la división de poderes,



tan importante en la organización del Estado liberal. Estados Unidos surge como la nación abanderada del discurso liberal que distingue al período anterior a la caída del Antiguo Régimen europeo.

Por su parte, la traumática Revolución francesa planteará la muerte violenta del Antiguo Régimen. Ambos acontecimientos recalcan el origen del poder en el consentimiento de la sociedad y, más aún, en el respeto de los derechos inalienables del ser humano. El ejemplo más perdurable de la conciencia de tales derechos es la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, texto fundamental de la Revolución francesa de 1789.

El derecho absoluto, que priva durante los primeros siglos de la Edad Moderna se disuelve. En este contexto, el abate Emmanuel Sieyès (1748-1836), personaje influyente de la Revolución francesa, establece la república francesa, al convertir al Tercer Estado en la Asamblea Nacional. Al hacerlo, rompe con la teoría de los tres estados, el tercero de los cuales era el pueblo, siempre subordinado al primer Estado, el clero, y el segundo, la aristocracia.

Surge el concepto del poder constituyente, el cual funciona como una manifestación del grupo de personas, el pueblo o sociedad cuya voluntad se expresa en el mandato constitucional. El poder constituyente es el que se expresa dentro del texto constitucional, el que lo elabora para establecer el pacto que origina el orden de la vida civil. En consecuencia, el pacto constitucional es un pacto de ciudadanía que emerge de la voluntad del pueblo, el cual se consolida en la Asamblea Nacional durante el tiempo



de la Revolución francesa. Desde entonces, la sociedad reconoce que su legitimidad requiere el respeto de la dignidad humana.

La Revolución francesa impone una visión que consolida el ascenso de una nueva clase al dominio de la sociedad, esta es, la burguesía. Se acomoda, entonces, a la visión capitalista del mundo. En este contexto histórico, el referente de lucha es el Estado absoluto, el cual se ve deslegitimizado por la enunciación de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. Durante el siglo XIX, sin embargo, se imponen las luchas contra el poder de la clase capitalista, con las revoluciones sociales que exigen la protección de los derechos laborales. Es el tiempo del surgimiento de las doctrinas de Karl Marx (1818-1883) y Friedrich Engels (1820-1895). Estas luchas se reflejan no solo en la Revolución rusa de 1917, sino también en el advenimiento del constitucionalismo social, el cual tiene como momentos estelares la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919.

Estados Unidos, sin embargo, se mantenía en cierto modo al margen de estas dinámicas sociales, debido a que acrecentaba su poderío con la suman de nuevos territorios como los del Oeste e, incluso, los que obtiene a través de la guerra con México, la cual representarían la pérdida de más de la mitad del territorio mexicano a manos de los norteamericanos.

Sin embargo, el final de la Segunda Guerra Mundial trajo consigo una serie de cambios evolutivos que transformaron para siempre la estructura de los órdenes jurídicos y la filosofía jurídica que los justifica. Después de dos guerras mundiales, entre las que media poco menos de veinte años de diferencia, era necesario replantearse nuevos



lineamientos para la ciencia jurídica. Entonces empezó un proceso de superación del liberalismo que había regido durante el siglo XIX. La reflexión sobre los valores surge a finales del traumático siglo XIX.

En este contexto, no se podía permitir el resurgimiento de gobiernos de corte fascista, que llegaron a gobernar bajo disposiciones legales concebidas al margen de la axiología y la dignidad humana. Las tendencias sumamente violentas de los ordenamientos de esta corriente llevaron a una guerra que aparte de enormes bajas militares llevó al exterminio de millones de personas consideradas indeseables por su origen racial y otras consideraciones indignantes, como fue el caso de los judíos y de los gitanos. Se necesitaba un marco que garantizara un reconocimiento general de mínimos morales, traducidas en derechos fundamentales, en el tratamiento de los seres humanos en cualquier parte del planeta. Entonces el sistema positivista de derecho, ajeno a los valores experimentó una notable limitación.

En efecto, uno de los aspectos que despertó más cuestionamientos en el área de la ciencia del derecho fue precisamente que muchos juristas, algunos de ellos bastante destacados, hubiesen aprobado las abominaciones legales del régimen nazi. Debe recordarse, en este sentido, que antes del advenimiento del nazismo, Alemania había experimentado el desarrollo de una ciencia jurídica formidable en el que destacaba el trabajo de célebres jurisconsultos entre los que destacan los nombres de Hans Kelsen, Carl Schmitt, Hermann Heller, Rudolf Smend, entre otros grandes constitucionalistas que trabajaron en la República de Weimar, cuya Constitución, aunque avanzada en cuanto a los derechos sociales, no pudo evitar el arribo de Hitler al poder en la conflictiva Alemania de la época, especialmente cuando esta experimentaba los azotes



económicos de la primera posguerra. En efecto, el dictador nazi se protegió con los poderes de emergencia que habían sido reconocidos por la Constitución de Weimar para realizar su desastrosa tarea de destrucción. El texto democrático que lo legitimó no alcanzó a garantizar un régimen democrático.

Sin duda, el énfasis normativo y ético del nuevo constitucionalismo se nutre de esas experiencias negativas, las cuales, sin embargo, todavía no son comprendidas por un grueso número de abogados, los cuales no se preocupan por cuestiones doctrinales, aun cuando estas sean básicas para comprender, de manera plena, el propio oficio y profesión. La historia a menudo se olvida y las consecuencias suelen ser bastante negativas, como lo comprueban una serie de ejemplos que se dan en tantos lugares a través de la historia. Ignorar la historia implica olvidar la experiencia colectiva y las consecuencias negativas deben ser obvias.

En ese sentido, parece que existe una opción extendida por el positivismo, el cual funciona en algunos niveles, aun cuando existen problemas que no pueden resolverse dentro de esta escuela de pensamiento. Sin embargo, es necesario adoptar los cambios de paradigma, profundizando su razón de ser a través de la experiencia y reflexión de los últimos tiempos. Bajo esta idea, hasta el positivismo puede retomarse dentro del ámbito constitucional como lo ha hecho Luigi Ferrajoli, quien piensa que el derecho adquiere rasgos diferentes cuando se positivizan constitucionalmente los derechos humanos universales.



1.4. El constitucionalismo contemporáneo

Una de las tendencias explicativas para explicar la relevancia del nuevo giro constitucional ha sido el positivismo que se desarrolló en Alemania en los años previos al ascenso de Adolf Hitler al poder. Parece que, para entonces, no había una plena conciencia jurídica de los problemas de legitimidad que planteaba reducir el derecho a la ley. En ese sentido, el constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelsky es un referente esencial para comprender los aspectos conceptuales e históricos de tal proceso fundamental para entender el siglo XX. Para este pensador italiano, en efecto, parte importante del problema del fascismo jurídico se debió a la reducción del derecho a la legislación (Zagrebelsky, 2014), un aspecto que este pensador investiga desde varias perspectivas, como se tendrá oportunidad de ver. En consecuencia, es necesario plantear un recorrido histórico para comprender la razón de ser del constitucionalismo.

Una manera de repensar los fundamentos del constitucionalismo de la actualidad consiste en examinar, una vez más, la pregunta acerca de los fundamentos morales del orden constitucional. En la actualidad, se suele decir que el problema de la conflictividad y la anomia radica en la pérdida de valores, y si se ve con atención, puede notarse que el predominio de las consideraciones económicas, suele dejar a muchos valores en la penumbra.

Pero al evaluar esta idea general, es necesario hacer que también se resalte el valor de las prácticas más democráticas en una democracia que asuma los ideales constitucionales. Este objetivo es alcanzable si se reflexiona con cuidado y rigurosidad sobre el constitucionalismo que todavía sigue mostrando su importancia, a pesar de



sus retrocesos y los problemas que enfrenta en sociedad difícilmente gobernables, precisamente debido a la pérdida de referentes axiológicos. En el contexto señalado, es muy importante estudiar con exhaustividad el pensamiento de Zagrebelsky, puesto que plantea un acercamiento realmente profundo a tal fenómeno.

El constitucionalismo, como se ha visto, surge en la modernidad. Puede interpretarse como algo que surge de la misma creación del Estado moderno, cuando se toma conciencia de la necesidad de limitar el poder. En cierto modo, se da a través del desarrollo del Estado moderno, el cual surge en la Italia del siglo XV, especialmente bajo la influencia de Maquiavelo, quien se mueve en el mundo del Renacimiento italiano. Desde luego, se da una especie de absolutismo regio hasta que se deduzcan, y se impongan, desde luego, las consecuencias políticas de los discursos políticos de la modernidad.

En este contexto, se torna necesario reflexionar sobre las bases que le dan al constitucionalismo su poderosa influencia como discurso jurídico racional. Por lo general, se asume que este éxito se debe a que el constitucionalismo establece una relación con la moral, desde luego, no la establecida por las fuerzas conservadoras de una sociedad, sino la de naturaleza crítica, la que cuestiona las insuficiencias de los órdenes jurídicos y políticos contemporáneos. Dicha relación se logra a través de la concepción de la dignidad humana, la cual brinda a todo ser humano la conciencia del tratamiento que merece. Sin embargo, siguen actuando fuertes tendencias que, en diferentes áreas, militan en contra de la imposición del ideal constitucional, el cual sugiere una democracia substantiva.



Según Zagrebelsky, el ideal constitucional descansa en la misión de acomodar las distintas perspectivas que dependen de la difusión del pluralismo de las sociedades modernas. Las sociedades contemporáneas se han convertido en colectividades en las que subsisten personas que viven bajo concepciones del mundo que no son fácilmente compatibles y que algunas veces entran en conflicto. Este objetivo se logra con base en una lectura de la Constitución basada en valores, en la cual se busca la justicia, la cual se busca en un sentido material y no en un sentido puramente formal.

En un diálogo sobre la justicia con el fallecido cardenal Carlo María Martini, dice Zagrebelsky (2003) que la “única certeza que tenemos es que no encontraremos plenamente realizada la justicia en el mundo” (p. 44). Puede notarse aquí la profunda motivación axiológica que guía la práctica constitucional de nuestro autor, punto que será ilustrado con varios notables ejemplos en este trabajo.

En este sentido, la doctrina del derecho dúctil, la cual engloba la contribución teórica más conocida de este autor, formula una práctica jurídica que modera y acomoda los principios constitucionales de manera que se pueda optimizar el sentido de justicia y equidad que anima al derecho constitucional moderno. Es un modelo que busca la justicia en las situaciones concretas de las sociedades modernas, tomando en cuenta la irreductibilidad de las opiniones mantenidas por los ciudadanos. Lo hace, además, adoptando una visión moral que actualiza la ética y la tolerancia a los esquemas argumentativos del derecho constitucional contemporáneo, asumiendo una posición bastante flexible.



Estas breves ideas muestran la relevancia de Zagrebelsky como un referente necesario para comprender la situación actual de retroceso del constitucionalismo. Ya no se puede aceptar que se pasen por alto los altos mandatos humanistas, que le dan sentido a las constituciones contemporáneas, a veces en nombre de legalismos vacíos que no responden a los lineamientos esenciales de un paradigma jurídico que reconoce explícitamente las demandas de la moral crítica.

Por lo tanto, se justifica hacer una investigación sobre las ideas principales del derecho dúctil a la luz de los problemas que afronta el constitucionalismo contemporáneo. En particular, esta tesis se dedica el derecho dúctil en un espíritu que aclara las circunstancias del constitucionalismo guatemalteco. Ayuda a cumplir esta labor el hecho de que el pensamiento de Zagrebelsky se acomoda a las circunstancias de cada sociedad, fomentando un uso flexible del pensamiento constitucional. En esta dirección, es válido preguntarse si la idea del derecho dúctil, ideada por Gustavo Zagrebelsky, genera una práctica jurídica cuya elaboración conceptual es capaz de incrementar la calidad de la democracia constitucional.

Con esta idea se logra plantear un enfoque del derecho que se encuentra fuera del positivismo, pero que como toda concepción revolucionaria también se esfuerza en superar sus propias limitaciones. En esta dirección, somos conscientes de que se necesita más trabajo para que esta concepción pueda funcionar de manera adecuada ante los nuevos desafíos. Este trabajo se propone contribuir, aunque sea de manera mínima, a realizar esta labor.



Los planteamientos de Zagrebelsky permiten entender la función de la Constitución en contextos complejos. Ofrece sugerencias teóricas capaces de iluminar áreas constitucionales que requieren mayor análisis. Siguiendo la idea de la ductilidad del derecho, este trabajo de investigación se guía por la idea de que el pensamiento de Zagrebelsky ofrece un enfoque no formalista del constitucionalismo, alejado de las tendencias positivistas y legalistas del derecho tradicional. Este punto no es pequeño cuando se piensa a que esta corriente todavía es influyente, aun cuando también sus formulaciones han desarrollado una tendencia democrática, como es el caso en las propuestas del coetáneo de Zagrebelsky, el constitucionalista Luigi Ferrajoli, quien adopta y desarrolla la tesis de la positivación de los derechos humanos en los textos constitucionales.

La reconsideración de la doctrina de la ductilidad jurídica, central en el pensamiento de Gustavo Zagrebelsky, ofrece elementos valiosos para la práctica del ideal jurídico-político que define a la democracia constitucional. Esta hipótesis ayuda a penetrar algunas de las más evidentes falencias de la práctica constitucional contemporánea. En ese sentido, puede ser considerada una guía para desarrollar de manera más clara el contenido constitucional del derecho, sin verse limitados por los contornos del derecho positivo. Permite responder preguntas como ¿cuál es la relación entre cultura y constitucionalismo? ¿Cómo se relaciona la moral social con el derecho constitucional? ¿Cómo se puede abordar constitucionalmente los conflictos en sociedades pluralistas?

Sin duda, Zagrebelsky defiende un constitucionalismo muy integrado con un sentido profundo de la moral, uno que no se agota en el tradicional iusnaturalismo. No se trata de un pensamiento ético conservador, desde luego, sino de uno caracterizada por su



sentido plural y crítico, una visión capaz de considerar con respeto las diferencias que perviven en las sociedades actuales. Por esta razón, no es difícil que se le identifique con el iusnaturalismo o, al menos, con una posición muy cercana a este planteamiento clásico, siempre que se supere la versión tradicional de este.

Sin embargo, su opción por el pluralismo aleja a Zagrebelsky, claramente, de esta perspectiva. No existe en el iusnaturalismo una visión tan amplia de las diferentes visiones del mundo, condición que es asumida con claridad en el pensamiento de Zagrebelsky. Con este autor, se asume quizás una visión más procedimental de los valores.

En consecuencia, es necesario estudiar su pensamiento para lograr comprender la razón de ser de sus posiciones. Ese propósito, sin embargo, precisa de una investigación sobre el iusnaturalismo, como corriente iusfilosófica fundamental, sin duda la más temprana, del derecho. En efecto, debe recordarse que la visión positivista del derecho, aunque con antecedente antiguos, no surge con plena fuerza sino hasta mediados de la Edad Media.

Este trabajo de investigación busca, por lo tanto, evaluar la propuesta del derecho dúctil, ideada por Gustavo Zagrebelsky. El propósito último de tal ejercicio de evaluación consiste en generar una práctica jurídica capaz de incrementar la calidad de la democracia constitucional. Se debe investigar la estructura general del derecho dúctil desde la perspectiva de Gustavo Zagrebelsky, para seguir encontrando sus contribuciones para solventar una situación de erosión constitucional que se agrava con el paso del tiempo.



Es necesario, en consecuencia, determinar la validez de las respuestas que ofrece el derecho dúctil para el fortalecimiento de la práctica del derecho constitucional, especialmente en una época en la cual es necesario desarrollar el derecho de manera que responda a los desafíos de una sociedad en cambio acelerado, especialmente en la globalización actual, en donde los poderes nacionales ya no pueden controlar los poderes mundiales.

Asimismo, se debe aclarar la relación de la doctrina del derecho dúctil con otras escuelas influyentes en el constitucionalismo contemporáneo. Afortunadamente, el pensamiento de Zagrebelsky forma parte de un movimiento que, desde diferentes ángulos, busca el desarrollo e implementación de un sistema democrático y constitucional alrededor de todo el mundo. En ese sentido, las perspectivas de este autor forman parte de un paradigma constitucionalistas que puede elaborar aún más para encontrar soluciones a la crisis del constitucionalismo.

1.5. Conclusión del capítulo

En este primer capítulo, se ha discutido los elementos básicos que permitirán la comprensión teórica del pensamiento de Zagrebelsky. Se ha mostrado que su pensamiento representa una riqueza de enseñanzas para comprender las crisis que afectan al desarrollo de la democracia constitucional en el mundo. Para comprender el valor de sus ideas, se ha presentado los rasgos principales de la crisis constitucional que se enfrente en la actualidad. Estos temas serán tratados de nuevo en las partes finales del trabajo, ya con el bagaje de conocimiento y reflexión que proveen los capítulos intermedios.



Se ha presentado un marco básico, de naturaleza histórica, que aborda diversas expresiones del constitucionalismo. Asimismo, se han adelantado algunos rasgos propios del pensamiento de este autor para anunciar al lector el tono general de este trabajo. Esto hace evidente que el pensamiento de nuestro autor está motivado por los problemas presentes que enfrenta el mundo, precisamente alrededor de la realización del paradigma de los derechos humanos, el cual marca un cambio de época en el desarrollo del pensamiento jurídico actual.

Ahora corresponde pasar a discutir las características, concretas y distintivas, del pensamiento dúctil elaborado por nuestro autor. Es necesario, además, determinar el ambiente dentro del cual se desarrolla el pensamiento de este jurista para entender el carácter oportuno de sus propuestas, como lo es ubicarlo dentro de un movimiento general de reflexión sobre el derecho constitucional moderno. El desarrollo concreto de estas fructíferas propuestas irá siendo presentadas especialmente cuando se consideren las objeciones a su trabajo.

Este expediente expositivo permitirá examinar, además, algunas de las críticas que han presentadas, por destacados autores, en contra de las propuestas de Zagrebelsky. Dicha discusión debería dejar en claro el valor de las reflexiones axiológicas para la filosofía contemporánea del derecho constitucional. Sin duda, los resultados de esta reflexión señalan caminos para escapar de la actual crisis constitucional, la cual hunde sus raíces en aspectos como el privilegio de la economía sobre cualquier otra consideración relativa a la dignidad del ser humano. También se expondrá cómo Zagrebelsky responde a estas dificultades.

CAPÍTULO II



2. El pensamiento jurídico dúctil

En la época contemporánea, el derecho constitucional se ha convertido en una de las ramas de mayor desarrollo del derecho, de manera que cada vez más partes de la práctica jurídica se acomodan a los requerimientos constitucionales. Parte de esta importancia se ha debido al hecho de que los derechos humanos se convierten en criterio de legitimidad del pacto político que genera una sociedad, y que, como tal, estos deben regir en los diferentes ámbitos de la vida humana, ya no solo en la relación que vincula al ciudadano con el Estado. Por su naturaleza conceptual, los derechos humanos se expanden, identificando áreas de competencia en las cuales se necesitan transformaciones que apuntan en dirección del respeto de la dignidad e integridad humanas.

De este modo, los ciudadanos comprenden que un verdadero derecho constitucional limita los abusos del poder en el nombre del respeto de los derechos fundamentales, los cuales les corresponden como humanos y como miembros del pacto constitutivo de la sociedad. En la actualidad, dichos límites de legitimidad se desarrollan de manera continua y ya no solo se limitan al terreno del derecho público. El constitucionalismo, debido a su naturaleza horizontal como pacto de ciudadanía, ha penetrado el derecho civil e incluso el orden jurídico internacional, especialmente frente a algunos de los problemas que se enfrentan actualmente. Algunos de estos serán examinados más tarde, en esta investigación.



Las contribuciones del constitucionalismo han venido desde diferentes ámbitos culturales, aunque siempre situados dentro del mundo occidental. En este sentido, el constitucionalismo italiano, como el alemán, se ha destacado por su especial vigor en la época contemporáneo. Varios de los autores con mayor influencia dentro de esta corriente de pensamiento se han desarrollado en dicho país. Destacan, entre tantos nombres, autores como Luigi Ferrajoli, Stefano Rodotà y, desde luego, Gustavo Zagrebelsky. En este contexto, se proyecta la impronta de autores importantes del pensamiento político y jurídico de ese país, cual podría ser el caso de Norberto Bobbio y Piero Calamandrei. Muchos estos pensadores desarrollaron sus ideas en reacción al fascismo, el cual dominó gran parte del siglo XX y afectó especialmente a Italia y Alemania.

Bajo las perspectivas señaladas, la reevaluación de las ideas de Zagrebelsky plantea una importante discusión que debe llevarse a cabo dentro del constitucionalismo y que va más allá de una crítica del positivismo, especialmente el de antiguo cuño. La fortaleza de una posición debe medirse reconociendo sus debilidades y tratando de remediarlas, pero también asumiendo nuevos problemas que hacen avanzar a la disciplina correspondiente.

Se debe tomar en cuenta, por otro lado, su anuencia a enfrentar las grandes preguntas de la época, como sucede con la cuestión acerca del alcance real de los principios morales en el derecho. No existe doctrina tan perfecta que no admita cambios y mejoramientos en su práctica y doctrina. Por esta razón, las propuestas de Zagrebelsky pueden resultar más convincentes después de realizar un nuevo análisis de estas, a la



luz de las competentes críticas que le han planteado destacados juristas contemporáneos.

Cabe mencionar que Zagrebelsky ejemplifica una toma de posición basada en la más profunda reflexión moral, pero también en las orientaciones axiológicas variadas que se encuentran en las sociedades modernas. De este modo, aunque sujeto a poderosas críticas, su pensamiento sigue teniendo un valor importante, que, por el contrario, muestra la importancia fundamental de la sustancia moral de las constituciones. La crisis general de los valores constitucionales, hace que el pensamiento de Zagrebelsky sea ahora más relevante que nunca. Por esta razón, es necesario reflexionar sobre las ideas de este constitucionalista italiano para si es posible demostrar su continua relevancia y actualidad.

A continuación, se presentan algunos de los rasgos más sobresalientes del pensamiento de Zagrebelsky para ofrecer una perspectiva más o menos completa de su pensamiento iusfilosófico, el cual se caracteriza por una marcada preocupación por la filosofía moral, incluyendo cuestiones relativas a la existencia del mal y la injusticia.

En estos tópicos, nuestro autor puede considerarse un filósofo completo, además de un jurista destacado. Dicha característica imprime a su pensamiento caracteres muy distintivos, que pueden confundir a aquellos que se acercan por primera vez a su pensamiento jurídico. En el contexto de explicación de su pensamiento se deben, además, señalar factores de contexto que explican las características del pensamiento de este autor, así como a las corrientes jurídicas dentro de las cuales se ubica el pensamiento de Zagrebelsky.



En primer lugar, se explica el contexto cultural en el que surge la noción de derecho dúctil. En la segunda, se muestra un rasgo de este contexto: la cuestión de los valores.

En la tercera, se expone la noción central del pensamiento de Zagrebelsky: el concepto de derecho dúctil. En cuarto lugar, se presenta la ubicación del derecho dúctil dentro del contexto del neoconstitucionalismo, doctrina en la que se conjunta diferentes visiones simpatéticas del derecho constitucional actual. Tomando como base estos elementos, en la quinta sección, se da una explicación de la relevancia del pensamiento de Zagrebelsky. Finalmente, se presenta la conclusión del capítulo.

2.1. El contexto cultural de surgimiento del pensamiento de Zagrebelsky

Para comprender el pensamiento de un jurista es necesario familiarizarse con el contexto cultural, especialmente el legal, en el que desarrolla sus contribuciones teóricas. El derecho, como todo otro producto de la cultura, responde a condicionamientos históricos que no anulan la libertad, pero si sugieren los problemas a tratar y resolver, así como las categorías y conceptos que se van a usar para hacerlo. Las ideas, por lo demás, nunca desaparecen, sino que siempre resurgen con nuevas opciones, lo cual contribuye al enriquecimiento del pensamiento.

Los teóricos del derecho reflejan los valores que han compartido en su formación, las ideas de sus maestros, las circunstancias de su tiempo, así como los desafíos particulares de su tiempo y espacio, entre otros aspectos fundamentales, que ayudan al desarrollo de ciertas perspectivas y el abandono de ciertas ideas consideradas problemáticas. El surgimiento del liberalismo, por ejemplo, se entiende a la luz de la necesidad de superar el orden absolutista que había entrado en crisis en la Europa del



siglo XVIII. En ese sentido, incluso el pensamiento con tonos cristianos de Zagrebelsky también se muestra comprensible.

Este es un aspecto importante que permite comprender las fuerzas en juego en la configuración del pensamiento de un autor determinado. Como lo pensaba el clásico jurista alemán Rudolf von Jhering, el derecho no es un campo pacífico, sino que refleja siempre la lucha entre diversas fuerzas sociales, las que buscan la continuidad, y las que, en nombre de intereses olvidados o suprimidos por el orden establecido, aspiran a la transformación del derecho. De este modo, prestando atención a sus circunstancias particulares, se pueden comprender y valorar las diferencias prácticas y doctrinales entre un jurista norteamericano, un alemán y un francés o un italiano.

En esta dirección, uno de los campos más interesantes en la actualidad es el diálogo internacional entre juristas, en los cuales se confrontan diversas tradiciones de pensamiento enfocadas en problemas que resaltan cada vez más problemas comunes. Dicho diálogo alcanza un nivel especial cuando este se practica en el intercambio internacional entre pensadores que trabajan en el ámbito constitucional. Esta actividad enriquece la comprensión del derecho y, sin duda, ayuda a incrementar la calidad de los argumentos de los jueces y profesores de derecho, así como abogados practicantes, en todos los lugares del mundo. En cierto modo, también ayuda a que los juristas ayuden a enriquecer las posibilidades de acomodar diferentes principios que derivan de la pluralidad bienvenida por Zagrebelsky.

En todo caso, por las razones apuntadas, los exponentes de la ciencia jurídica son inteligibles dentro de su mundo cultural, en el cual juega un papel importante el derecho

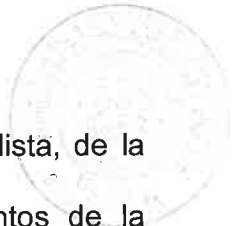


que regula la respectiva vida social. En esta dirección, en un interesante ensayo, el mismo Ferrajoli (2010) describe lo que se puede entender como “cultura jurídica”, precisamente en un intento propio por comprender el mundo italiano, del cual este jurista procede y en el cual se desenvuelve el mismo Zagrebelsky y otros destacados pensadores jurídicos de tendencias democráticas y de fama mundial. En las palabras del reconocido jurista de orientación garantista:

Por “cultura jurídica” podemos entender la suma de diferentes conjuntos de saberes y enfoques: en primer lugar, el conjunto de teorías, filosofías y doctrinas jurídicas elaboradas por juristas y filósofos del derecho en una determinada fase histórica; en segundo lugar, el conjunto de ideologías, modelos de justicia y modos de pensar sobre el derecho propios de los operadores jurídicos profesionales, ya se trate de legisladores, de jueces o de administradores; en tercer lugar, el sentido común relativo al derecho y a cada institución jurídica difundido y operativo en una determinada sociedad. (p. 1)

Como puede notarse, el pensador italiano caracteriza la cultura jurídica en su entera complejidad. Después de la experiencia amarga del fascismo, incluso de más duración que la del mismo nazismo en Alemania, los juristas italianos se involucraron en una actividad de reflexión sobre los fundamentos y alcances del nuevo constitucionalismo. En el mismo libro citado arriba, Ferrajoli (2010) destaca el contexto general en el que tales discusiones tenían lugar:

Por primera vez en nuestra historia, en los mismos años en que la división entre las fuerzas políticas había alcanzado su nivel más alto, se colocaba así en la



base del Estado la idea normativa, de origen ilustrado y contractualista, de la Constitución como “pacto” suscrito por todos sobre los fundamentos de la República. El acuerdo se produce principalmente entre las tres fuerzas y las tres culturas —liberal, católica y socialista— que en conjunto representaban a la gran mayoría de los italianos y que ya se habían alineado en la Resistencia en aquel “pacto de no agresión”, como lo ha llamado Norberto Bobbio, que fue el Comité de Liberación Nacional. (p. 45)

En este contexto, destaca un movimiento jurídico, al que pertenece el mismo Ferrajoli, el cual busca identificar el modelo político y jurídico que debía seguir la sociedad italiana. Este movimiento no asume siempre las mismas asunciones doctrinales. Así, por ejemplo, Ferrajoli (2002), a diferencia de Zagrebelsky, asume de manera positivista el nuevo núcleo constitucional; este establece vínculos al legislador debido a que los derechos humanos se han positivizado.

Desde luego, este movimiento, ya sea de naturaleza antipositivista o no, también ha tenido que luchar contra antiguas tendencias que se resisten a desaparecer, así como con las tendencias a simplemente ignorar lo que implica el nuevo pacto constitucional. Ferrajoli (2010) describe estas corrientes de avanzada:

El resultado es un modelo de democracia liberal-socialista cuyas líneas maestras son —además de los principios de soberanía popular, de los derechos humanos y la paz— la centralidad del Parlamento, el papel de garantía del presidente de la República y de la Corte Constitucional, el control popular de las

leyes mediante referéndum abrogatorio, la plena independencia de la magistratura, incluido el ministerio público, y las autonomías regionales. (p. 46)

En este escenario destaca el desplazamiento de la visión positiva del derecho que se había formado con el paso del siglo XIX y que alcanza su cúspide con el pensamiento kelseniano. Asimismo, se debe tomar en cuenta que Italia y Alemania, a diferencia de Francia, conservan durante más tiempo un régimen mixto en el cual pervive, de manera simultánea, la monarquía y el parlamento. Describe Ferrajoli (2010) reflejando su nueva postura positivista, el cambio del paradigma del propio derecho positivo introducido por la Constitución:

Se trata de la ruptura de los dos antiguos dogmas de la coherencia y plenitud del ordenamiento que el viejo modelo pandectístico confiaba a la interpretación y reconstrucción sistemática de la ciencia jurídica. La Constitución, de hecho, equivale a un derecho sobre el derecho, que altera la estructura formal del ordenamiento, codificando los principios axiológicos a los que la propia legislación está obligada a uniformarse. (p. 48)

Se forma así una corriente de pensadores que, en varios contextos culturales, han tratado de comprender el significado profundo del sistema de concepciones que se encuentra detrás del desarrollo del constitucionalismo contemporáneo. En este esfuerzo juega un papel considerable la reflexión sobre los valores y los principios, los cuales, debe mencionarse en el caso italiano, nunca habían sido extraños al pensamiento del derecho romano. Se puede ser un positivista como Ferrajoli, o un antipositivista como Zagrebelsky. En todo caso, como lo dice Ferrajoli (2010):



Se forma así, a partir de esta crisis de los viejos modelos, una generación de nuevos juristas, que comparte una reformulación general en clave constitucional de los métodos, categorías y problemas de la ciencia jurídica, y una apertura programática a las temáticas del conflicto social. La renovación resulta tanto más significativa en cuanto que se inicia en la disciplina hegemónica, la civilista, donde Stefano Rodotà, acaso el jurista más representativo de la nueva fase, Pietro Rescigno, Francesco Galgano, Pietro Barcellona, Pietro Perlingieri y Guido Alpa, impulsarán la “adecuación permanente de las normas a los principios” constitucionales y, al tiempo, la revisión de las tradicionales categorías civilistas —desde la propiedad al contrato, desde la responsabilidad civil a la empresa— en sintonía con las transformaciones acaecidas en la sociedad y en la economía. (p. 61)

Dentro de este grupo, Ferrajoli menciona como pensador de una generación más reciente a Gustavo Zagrebelsky. Es claro, sin embargo, la línea progresista dentro de la cual se ubica este pensador. Muchos de estos juristas han dejado una huella importante en las últimas generaciones de teóricos del derecho, siempre tratando de encontrar formulaciones que actualicen el anhelo de justicia para responder a los nuevos retos que presenta la realidad jurídica. En esta dirección, el maestro español Peces-Barba (1995) se refiere a la complejidad de las influencias que operan en Zagrebelsky de la siguiente manera:

Se perciben en Zagrebelsky plurales influencias, desde Bobbio, su amigo de Turín, a través del cual yo le conocí hasta C. Schmitt, pasando por Kelsen, por los autores de la inicial Escuela de derecho público alemán, por Alexy, por



Häberle y, por supuesto, por Dworkin, Perelman, etc. Se apoyará en esos autores, incidirá en temas tratados por ellos, pero hará un planteamiento original.

(p. 158)

Dicha influencia ha irradiado hacia el ámbito jurídico iberoamericano. En esta región se ha dado una reflexión sostenida sobre estos principios, y tanto Ferrajoli como Zagrebelsky registran un buen número de seguidores. Esto ha contribuido, junto con otras influencias, a la creación de una tradición iberoamericana de juristas como Diego Valadés, Carlos Santiago Nino y otros destacados maestros de la ciencia jurídica contemporánea.⁴

Parece ser que la influencia de Zagrebelsky se ubica dentro del movimiento general introducido por Bobbio, aun cuando el segundo siga siendo un exponente del positivismo, mientras Zagrebelsky tenga una marcada orientación iusnaturalista, siempre ajustada a los nuevos tiempos. En todo caso, Zagrebelsky es un pensador de marcada vocación por la justicia.

Es claro que, con estos autores, Zagrebelsky mantiene una actitud crítica, como lo sería obviamente con Kelsen, quizás el positivista más famoso del siglo XX. Sin embargo, esto no obsta para que sus referencias críticas establezcan una forma de

⁴ Sin embargo, se debe reconocer la complejidad de la situación en el momento presente. En efecto, a pesar de su popularidad, el paradigma constitucionalista se encuentra actualmente en una especie de crisis, como ya se señaló en el primer capítulo. Se ha notado, por ejemplo, como algunos gobiernos han ignorado flagrantemente el sentido de la Constitución, llevando incluso a arrogarse la interpretación de esta, violando la estructura orgánica del mismo Estado, un fenómeno propio del autoritarismo contemporáneo. Este preocupante fenómeno hace evidente que se debe seguir desarrollando la comprensión del paradigma constitucionalista contemporáneo, para hacerlo responder a los múltiples retos que plantea la nueva situación mundial en la época de la globalización.

pensar que se ha caracterizado por sus referencias universales. En el mismo artículo de Peces-Barba, este menciona que Bobbio creía que Zagrebelsky era un pensador que iba más allá del derecho para obtener una comprensión más amplia de este.

En primer lugar, debe mencionarse la influencia de la axiología. Como se ha visto con anterioridad, el enfoque de este autor es altamente filosófico, razón por la cual entra en la esencia de los problemas morales. Para entender el contexto general en el que se mueve Zagrebelsky hay que ubicarlo dentro del neoconstitucionalismo, movimiento doctrinario que ha enfatizado este aspecto del derecho. Esta doctrina, especialmente extendida en Iberoamérica, fue nombrada como tal por la jurista italiana Susanna Pozzolo, pensadora que pertenece a la escuela de Génova, corriente jurídica de marcada orientación positivista y muy crítica del neoconstitucionalismo. En términos generales, el neoconstitucionalismo enfatiza el signo moral de la Constitución, la cual debe ser leída a la luz de la moral. En las palabras de Pozzolo (2005):

Este peculiar modo de acercarse al derecho puede ser leído como un intento de revisión de la doctrina iuspositivista. En particular, esta revisión se refiere a la llamada «regla de reconocimiento». La conceptualización de los principios como normas morales positivizadas conduce a sostener que la regla de reconocimiento iuspositivista -regla que, como es sabido, se identifica sobre la base de un análisis de la génesis de las normas del ordenamiento- no está en condiciones de dar cuenta de estos estándares normativos o, mejor dicho, está en condiciones de reconocer solo algunos de ellos. Los principios son, empero, fundamentales a nivel de justificación: permiten el paso del discurso jurídico a la moral proveyendo, en última instancia, la justificación última de las decisiones



jurídicas. Es preciso, pues, modificar la regla de reconocimiento y aceptar el hecho de que, en ciertos casos, y dado que los principios son jurídicos, el derecho es considerado válido no en razón de un test de pedigree sino en razón de un test moral, el cual, por definición, no se basa en la génesis de los principios sino en su contenido. (p. 343)

El neoconstitucionalismo se distingue por tres grandes tesis. En primer lugar, se hace la diferencia entre principios y reglas; las primeras entran en relaciones de conflictividad que, por lo general, no conocen las segundas. Como se verá en el siguiente capítulo, esta diferencia marca la concepción que Zagrebelsky mantiene acerca de la argumentación jurídica. En segundo lugar, se hace uso de la ponderación en lugar de la tradicional subsunción silogística, aun cuando en el caso de Zagrebelsky se prefiera una aplicación directa de los principios jurídicos y morales. En tercer lugar, se practica una lectura directa de la Constitución, lo cual restringe el poder de las leyes y le concede un papel más relevante al juez, quien se constituye en uno de los baluartes de la tutela efectiva de los derechos. El juez, en efecto, ya no se limita a ser simplemente “boca de ley”.

2.2. Zagrebelsky y los valores en serio

Uno de los grandes cambios del pensamiento jurídico moderno es el reconocimiento de la axiología constitucional. El pensamiento que predominaba previamente a la Segunda Guerra Mundial era el positivismo, el cual se había subordinado, en países como Alemania e Italia, a los dictados de gobiernos totalitarios. A decir verdad, el positivismo no era solo dominante en Alemania, sino que se había desarrollado bajo la influencia



general de la Revolución francesa. En efecto, este se había desarrollado en Francia, bajo la presión del Código Napoleónico, el cual planteaba una visión del derecho como accesible a ser formulado en construcciones normativas dotadas de plenitud jurídica. Sin embargo, la tremenda experiencia de dicha guerra, junto con la consciencia de los grandes excesos del régimen nazi, llevó a la comunidad internacional a un nuevo nivel de conciencia acerca de la importancia que para la paz genuina comportaba la defensa de la dignidad humana. De pronto, los valores mostraban su importancia fundamental.

Como se sabe, la axiología es una disciplina relativamente nueva en filosofía, si se la compara, desde luego, a otras ramas de esta. Los filósofos habían reflexionado sobre valores concretos, como la justicia, la igualdad, la dignidad, pero no habían desarrollado una teoría general de los valores. En concreto, la teoría de los valores es una creación relativamente reciente de la filosofía, la cual surge a finales del siglo XIX en Alemania, especialmente a partir del trabajo del Herman Lotze. En las palabras del jurista mexicano De la Torre Martínez (2006):

(...) es preciso subrayar que una reflexión propiamente filosófica sobre el problema del valor no aparece hasta el último cuarto del siglo XIX, concretamente cuando Rudolf Herman Lotze realiza su famosa distinción del ser y el valer, distinción a partir de la cual podemos constatar el inicio de la filosofía de los valores, en tendida ésta en un sentido amplio, como la reflexión filosófica autónoma en torno al problema del valor. (p. 14)

Con el desarrollo del tiempo, se siente la presencia de pensadores de la calidad de Friedrich Nietzsche. Ya en las primeras décadas del siglo XX surge la influencia de



pensadores de orientación fenomenológica como Max Scheler y Nicolai Hartmann. El desarrollo principal aconteció en Alemania, en donde la axiología encontró un interés notable bajo la égida especial del gran filósofo Max Scheler, quien se ubicaba dentro del movimiento fenomenológico. Asimismo, la reflexión sobre los valores tuvo importancia en Iberoamérica, a partir de las enseñanzas de García Máynez y Luis Recaséns Siches. En este contexto, tuvo mucha importancia la influencia del pensador español José Ortega y Gasset, quien estudió con Husserl, fundador de la fenomenología, en Alemania, precisamente en compañía de Scheler.

Después de la Segunda Guerra Mundial, tal reflexión ganó importancia, precisamente en el momento en el que pierde fuerza el positivismo. Es sintomático el caso de Gustav Radbruch, quien abandonó el positivismo propio de antes de la guerra, para abrazar el iusnaturalismo. Gustav Radbruch, famoso jurista alemán, quien había sostenido una posición positivista antes de la Segunda Guerra Mundial. Después de esta época, Radbruch acusaba al positivismo de haber abierto la puerta al nazismo, un hecho confirmado por el silencio y colaboración de tantos otros juristas. Como lo recuerda Peña Freire (2020) en un reciente artículo:

La trayectoria vital y teórica de Radbruch es conocida: al término de la Segunda Guerra Mundial y tras haber padecido los rigores del régimen nacionalsocialista, Radbruch revisó algunos de sus planteamientos a propósito de la relación entre derecho y justicia. Señaló al iuspositivismo como el responsable de haber propiciado el nazismo o, al menos, de no haber permitido una reacción de la comunidad jurídica frente a la injusticia legal de los nazis. El nacionalsocialismo, afirmó Radbruch, «supo maniatar a sus secuaces, por una parte, soldados, por



la otra, juristas, por medio de dos principios “órdenes son órdenes” y “la ley es la ley” (...) El principio “la ley es la ley” (...) era la expresión del pensamiento jurídico positivista que durante muchos decenios predominó casi sin oposición entre los juristas alemanes». (p. 61)

En las palabras del mismo Radbruch (1999) en un artículo publicado originalmente en 1946:

Mediante dos principios supo el nacionalsocialismo encadenar a sus adeptos, los soldados de una parte y los juristas de otra: *orden es orden* y *ley es ley*. El principio *orden es orden* nunca fue ilimitadamente válido. El deber de obediencia cesa para el inferior en caso de un mandato con fines criminales (...). El principio *ley es ley* no conoce, por el contrario, ninguna limitación. Fue la expresión del pensamiento jurídico-positivas, que dominó casi sin discusión entre los juristas alemanes a lo largo de muchas décadas; legalidad injurídica era, en consecuencia, al igual que derecho supralegal, una contradicción en sí misma/. (p. 25)

Aquí ya no se puede seguir el principio positivista, aunque de una versión poco sofisticada de este, que la ley es el derecho. Este filósofo del derecho ha influenciado a Robert Alexy, especialmente a través de la tesis de que la injusticia extrema no es derecho. Esta idea es fértil, sin embargo, como se verá adelante, es necesario fortalecerla para poder afrontar los problemas que supone el constitucionalismo actual.

Posteriormente, tomaría importancia la teoría de los principios en el derecho. Uno de los impulsores de esta doctrina es el filósofo norteamericano Ronald Dworkin, quien



propugnaba por una lectura moral de la Constitución. Dworkin se mueve en oposición al positivismo inglés, representado por H. L. A. Hart, quien ha sido el mayor pensador iuspositivismo en el ámbito inglés. Dworkin propugna la importancia de los derechos y los principios, entre los cuales se encuentran los venerables “principios generales del derecho”.

La reflexión filosófica sobre los valores se ha visto reducida un tanto, como lo nota Maliandi (1992). Afortunadamente, los valores siguen teniendo importancia en la práctica jurídica constitucional. Deben seguir teniéndola, especialmente en una época como la presente, en donde se hace necesario recuperar los valores que distinguen al orden democrático de derecho. En este contexto, juega un papel importante el esfuerzo teórico de Zagrebelsky, quien representa, precisamente, una opción por pensar con claridad la naturaleza de los valores en una época de pluralidad de posiciones y de opción por el diálogo.

Como se verá adelante, Zagrebelsky se opone plenamente a este tipo de positivismo, el que específicamente ignora el sentido moral y axiológico de las normas del sistema.

2.3. El derecho dúctil

Al reconsiderar las posiciones de Zagrebelsky, se deben reconocer las complejas características del pensamiento de este destacado filósofo del derecho. De otro modo, no podrán valorarse de manera adecuada las respuestas que este pensador opone a lo que constituyen, a su juicio, los grandes problemas de la práctica jurídica, en especial, la ya larga hegemonía que plantea el legalismo de corte positivista.



Generalmente, el legalismo se usa para encubrir las áreas negativas del derecho, razón por la cual es necesario neutralizarlo, al menos en sus manifestaciones más radicales. Precisamente, el primer rasgo que se pueden enfatizar del pensamiento de nuestro autor es su marcado rechazo de la concepción jurídica que pone en el centro del derecho a la producción legislativa. Para este autor, las recomendaciones que surgen del positivismo hacen posible que las sociedades no encuentran soluciones legítimas y razonables a las demandas que exige el buen gobierno de una sociedad, que como lo señala Zagrebelsky, alberga un pluralismo de visiones del mundo. En ese sentido, la metodología filosófica del autor italiano muestra que nos encontramos frente a un ejercicio profundo de reflexión en el terreno de la iusfilosofía contemporánea.

Es en este contexto de problemas teóricos en donde el trabajo de Zagrebelsky adquiere su real importancia. El método usado por Zagrebelsky, sitúa al estudioso de su pensamiento en el área de los fundamentos del derecho, más que en el de las producciones positivas de este. De esta manera, para estudiar a nuestro autor, debemos examinar el derecho en su integridad, de manera que se visualicen sus fundamentos filosóficos en relación las producciones positivas concretas.

La noción central del pensamiento de Zagrebelsky es el derecho dúctil. En efecto, según este autor si se quisiera señalar el sentido predominante en el nuevo paradigma constitucional, se pudiera usar el concepto de “ductilidad”. Para Zagrebelsky (2016) el modelo constitucional se basa en valores y principios, y como tal, “exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir” (p. 14). El derecho dúctil es uno que se



adecúa a la pluralidad de los principios, que trata de hacer espacio para diferentes visiones del mundo.

Ahora bien, uno de los rasgos principales del pensamiento de Zagrebelsky es que la opción por los valores no se agota en la recepción de los valores occidentales o la de un sector de la cultura occidental. Como el filósofo norteamericano John Rawls, Zagrebelsky acepta el hecho del pluralismo de las sociedades contemporáneas: en estas se ven obligadas a convivir visiones del mundo que no son fácilmente compatibles. En consecuencia, surge el problema de cómo alcanzar decisiones constitucionales en contextos en los que el desacuerdo puede ser tan profundo.

Zagrebelsky, sin embargo, no se arredra ante la magnitud del problema. Asume, sin mayores disculpas, esta problemática situación. Sin embargo, lo hace de una manera regida por principios que deben preservarse. De este modo, nuestro autor amplía esta idea diciendo que los únicos criterios absolutos son los “metavalores”, es decir, valores sobre los valores. En primer lugar, se debe asegurar el pluralismo de los valores y, en segundo lugar, se debe buscar la “lealtad en su enfrentamiento” (Zagrebelsky, 2016, pp. 14-15). Su opción por el pluralismo se explica en los siguientes términos:

Creo, por tanto, que la condición espiritual del tiempo en que vivimos podría describirse como la aspiración no a uno, sino a los muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva: la libertad de la sociedad, pero también la reformas sociales; la igualdad ante la ley, y por tanto en la generalidad de trato jurídico, pero también la igualdad respecto a la situaciones, y por tanto la especialidad de las reglas jurídicas; el reconocimiento de los derechos de los



individuos, pero también de los derechos de la sociedad; la valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquellos; el rigor en la aplicación de la ley, pero también la piedad ante sus consecuencias más rígidas; la responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo a los más débiles, etc. (Zagrebel'sky, 2016, p. 16)

En cada momento, la Constitución puede dar una respuesta. Pero dichas soluciones deben acomodar varios principios. Debe ser una respuesta única, pero maleable, abierta a los enriquecimientos y, como tal, debe surgir del enfrentamiento dialógico de las posiciones. Debe ser un modo de pensar abierto a las posibilidades (Zagrebel'sky, 2016). En ese sentido, Zagrebel'sky (2016) reconoce que se mueve, ya no dentro del derecho, sino dentro de la política constitucional. En consecuencia, la dogmática del derecho dúctil es una dogmática fluida, de carácter líquido. Lo que se debe defender, como se dijo arriba, es la pluralidad de valores y principios. Se debe luchar por la coexistencia de los principios. El modo en que los valores y principios convivan, dice Zagrebel'sky (2016) “ ya no es un problema de la ciencia constitucional, sino de la política constitucional” (p. 17).

Zagrebel'sky (2016) reconoce que tal vez su posición no se adecúa a la coherencia, pero aduce que la convivencia humana no es “asunto de puro pensamiento” (p. 18). Critica a los juristas “inflexibles y sin matices” que no consideran el tipo de vida que existe el Estado constitucional de derecho (Zagrebel'sky, 2016). Se debe evitar que el



autoritarismo vuelva a surgir en el derecho constitucional, precisamente bajo la figura de la inflexibilidad.

Uno de los rasgos predominantes del derecho dúctil es su rechazo del positivismo. Como se sabe, la característica principal del derecho positivista es la identificación del derecho con la ley debidamente promulgada. Pretende ser, en algunas de sus formulaciones, un enunciado empírico desprovisto de ideología. Zagrebelsky, sin embargo, cuestiona la reducción del derecho a la ley, además que critica la forma en que la ley se convierte en un modelo vacío que le otorga validez a normas que pueden violar los principios constitucionales.

Zagrebelsky reconoce, en general, que la permisividad permitió las aberraciones legales que distinguieron al pensamiento jurídico de los nazis, los cuales llevaron a la nación teutona a uno de los acontecimientos más sangrientos de la historia humana, especialmente ante la manera fría y tecnificada de alcanzar lo que vino a llamarse la “solución final” del “problema” judío. Muchas de las leyes que permitían la discriminación racial, como las tristemente célebres “Leyes de Nüremberg”, eran claramente opuestas a cualquier sentido racional de la justicia y la dignidad, y sin embargo, eran leyes en un sentido descriptivo.

Uno de los ejemplos más claros, en este sentido, es el pensamiento del jurista austriaco Hans Kelsen. Es famosa la negativa kelseniana a considerar las bases morales del pensamiento jurídico, porque este autor consideraba que tomar en cuenta los valores podría llevar a una especie de relativismo jurídico. Esta posición, sin embargo, no hizo a Kelsen indiferente a la idea del Führer como defensor de la



Constitución, idea que fue defendida por el constitucionalista del Tercer Reich, Carl Schmitt.

Zagrebelsky no niega el valor que alguna vez pudo haber cumplido la ley, especialmente en el orden liberal. Los sistemas legales en un momento se constituyeron en un rechazo a la arbitrariedad que se daba en el sistema absolutista. Pero a medida que se desarrollan las sociedades liberales, la situación se vuelve más compleja. Se empezó a usar la legislación para beneficiar a grupos particulares; hoy en día se puede ver cómo diferentes grupos se pronuncian en favor o hacen lobby para que sus demandas sean reconocidas legislativamente. Tomando en cuenta este hecho, Zagrebelsky (2016) piensa que el paradigma del Estado de derecho, en su versión liberal, ha caído en crisis. En sus palabras:

La ley, en suma, ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte en instrumento y causa de inestabilidad. Las consecuencias se multiplican, a su vez, en razón del número progresivamente creciente de intervenciones legislativas requeridas por las nuevas situaciones constitucionales materiales. El acceso al Estado de numerosas y heterogéneas fuerzas que reclaman protección mediante el derecho exige continuamente nuevas reglas e intervenciones jurídicas que cada vez extienden más la presencia de la ley a sectores anteriormente abandonados a la regulación autónoma de los mecanismos sociales espontáneos, como el orden económico, o dejados a la libre iniciativa individual, como era la beneficencia, hoy respaldada o sustituida por la intervención pública en la asistencia y en la seguridad social. En estos campos, en los que las leyes actúan sobre todo como



medidas de apoyo a este o aquel sujeto social y vienen determinadas más por cambiantes relaciones de fuerza que por diseños generales y coherentes, la inestabilidad es máxima y se hace acuciante la exigencia de protección frente a la ocasionalidad de los acuerdos particulares que impulsan la legislación. (p. 38)

Zagrebelsky piensa que este desorden de la ley puede ser tratada por la unificación que brinda la Constitución. Las leyes especiales llenan el derecho de muchas incertidumbres y respuestas contradictorias. La Constitución, en consecuencia, ayuda a ver que no todo el derecho se puede reducir a la ley.

Sin embargo, la visión de Zagrebelsky (2016) no critica al positivismo en nombre de un iusnaturalismo sin matices críticos, lo que él llama “iusnaturalismo subjetivista” (p. 66). En ese sentido, nuestro autor señala que, para los nazis, era “natural” establecer distinciones con los judíos debido a la visión distorsionada de los hechos. Como observación general, se puede ver que muchos piensan que ciertas normas son “naturales”, pero la verdad es que estas dependen de las posiciones que estas personas sostengan, lo cual da lugar a la intolerancia y al rechazo de visiones distintas, punto que, como se ha visto, es cuestionado por el mismo Zagrebelsky.

A pesar de su crítica del iusnaturalismo tradicional, Zagrebelsky (2016) busca uno de naturaleza más alta, un orden objetivo que vaya más allá de las visiones particulares. Este ha sido facilitado por la constitucionalización de los derechos. Por esta razón, es interesante que piense que las dos motivaciones morales, la de la libertad y la de justicia, se encuentran representadas ambas en el humanismo laico y el humanismo cristiano (Zagrebelsky, 2016). Llega incluso a descartar al socialismo debido a su visión

negativa de los derechos. En todo caso, su valoración del humanismo cristiano puede ayudar a comprender algunos de los rasgos del pensamiento general de este autor.

2.4. Neoconstitucionalismo y derecho dúctil

Entre los exponentes teóricos de dicho constitucionalismo, se encuentra un grupo destacado de teóricos que presentan visiones distintas del fenómeno constitucional. Se encuentran personajes tan importantes como es el caso de Robert Alexy. Estas doctrinas, por ejemplo, la del principio de proporcionalidad y la idea de ponderación, han creado una visión bastante rigurosa del ejercicio constitucional, así como de las múltiples facetas de esta, llegando a instituir un ejercicio argumentativo del derecho constitucional. Dichas formulaciones, como se verá, no son fácilmente compatibles con la visión sostenida por Zagrebelsky o Ferrajoli.

En la actualidad, este tema sigue siendo objeto de vivo debate en distintos e influyentes foros judiciales y académicos. Mientras tanto, se han desarrollado constituciones democráticas en muchos países del mundo, aun cuando exista mucho camino por recorrer antes de poder afirmarse que estas realmente cumplen con sus expectativas y son eficaces en el nivel requerido.

La doctrina del derecho dúctil ofrece ideas para pensar la práctica adecuada del derecho constitucional en la época del reconocimiento de los valores. Es posible lograr un mayor desarrollo normativo del derecho constitucional, a partir de los elementos morales que conforman el núcleo de este. La naturaleza del derecho constitucional moderno no puede entenderse al margen de la interpretación influenciada por los valores y de las normas que los movilizan, es decir, los principios. El derecho dúctil



provee una concepción del derecho adecuada para un derecho inclusivo y democrático, aun cuando sus detalles puedan parecer inconvenientes a algunos juristas, no necesariamente indiferentes a los valores, sino más bien, preocupados por los aspectos institucionales del nuevo constitucionalismo.

En resumen, el constitucionalismo contemporáneo se basa en el ideal de los derechos humanos y los valores integrados en este. Dentro de estos valores, ha jugado un papel importante la noción de dignidad humana, que como se sabe, fue una contribución de la cultura romana antigua, la cual ha recibido una serie de enriquecimiento a lo largo de la historia, en el cual destacan los aportes de Kant. Surge, en consecuencia, en toda su plenitud la cuestión de los valores, los cuales se convierten en referentes importantes de la práctica jurídica, la cual ya no puede ser explicada por el anterior positivismo.

Desde luego, existe otra serie de posiciones teóricas, pero también es cierto que los valores se encuentran en la cúspide del ordenamiento constitucional de las sociedades modernas. Zagrebelsky desarrolla una nueva fuente de reflexiones sobre esta corriente. En todo caso, Zagrebelsky se ubica en este nuevo espíritu del constitucionalismo y es uno de sus más destacados exponentes, junto con una pléyade de juristas de primer nivel, los cuales suelen agruparse bajo el denominado “neoconstitucionalismo”, corriente que ha adquirido bastante influencia en el mundo latinoamericano e italiano, precisamente gracias al trabajo de destacados autores como Zagrebelsky.

En ese contexto de reapreciación del derecho, se van dando nuevas formulaciones del derecho constitucional, que superaban las limitaciones positivistas, en boga antes de la



Segunda Guerra Mundial. En general, durante todo este tiempo se han desarrollado varias doctrinas para responder a los problemas respectivos que aparecía en el intento por entender el nuevo constitucionalismo, el cual se caracteriza por asumir el paradigma contemporáneo de los derechos humanos.

Surgió entonces el neoconstitucionalismo como una manera teórica, bastante influyente y extendida, de interpretar estos cambios de orden constitucional. Zagrebelsky ha sido situado en este movimiento. Esta caracterización no fue adjudicada por los pensadores que suelen identificarse con esta corriente, sino precisamente por una serie de pensadores que cuestionan las posiciones de estos, en especial por pensadores que trabajado en la Universidad de Génova. Como movimiento esta doctrina coloca a la Constitución en la cúspide del ordenamiento jurídica. Ya en la caracterización doctrinal de Pozzolo (2017), quien ideó esta denominación, esta corriente se describe en los siguientes términos:

(...) neoconstitucionalismo es el que hace referencia a una doctrina del derecho, según la cual los principios constitucionales se tienen que interpretar haciendo referencia a su contenido moral o a las doctrinas morales que ellos transmiten. Según esta posición, la teoría positivista que separa claramente entre derecho y moral no funciona, precisamente porque para dar sentido a los principios no se puede ignorar su contenido moral. (p. 144)

Esta corriente apela a una aplicación directa de la Constitución, la cual pone en segundo término la ley. Precisamente, uno de los rasgos más pronunciados del pensamiento de Zagrebelsky es el reconocimiento de los límites de la ley a la hora de

realizar la noción de justicia. Como lo señala este autor, las “Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador”. Este rasgo es generalizado por la misma Pozzolo (2017) en el artículo citado con anterioridad:

Desde un punto de vista más claramente normativo, como ideología del derecho, la postura neoconstitucionalista subraya la subordinación de todo el derecho al contenido constitucional. Esta perspectiva se conecta, aunque no necesariamente, con la tradición doctrinal del constitucionalismo político en su sentido más amplio, entendido como doctrina de la limitación jurídica del poder. De este modo, con el modelo de Estado constitucional contemporáneo, dotado de una constitución extensa y densa, el constitucionalismo obtiene el resultado querido, puesto que finalmente todo el derecho está sujeto al derecho mismo. Sin embargo, siguiendo esta dirección, se acentúan sobre todo los elementos sustantivos sobre los formales, que se presentan como medios para asegurar la aplicación de un derecho sustantivamente justo y no solo legítimo. En esta línea, se disminuye la atención hacia los mecanismos de check and balance, mientras que se acentúa el interés por los valores insertos en los principios constitucionales que se muestran como el baluarte más fuerte en contra de las degeneraciones del poder. (p. 145)

Esta corriente se ha visto influenciada por el trabajo de notables autores, entre los que destacan Ronald Dworkin, Carlos Santiago Nino, Robert Alexy y el mismo Gustavo Zagrebelsky. La corriente neoconstitucionalista no solo ha sido apoyada por una serie

de influyentes juristas contemporáneos y ha sido desarrollada en la práctica constitucional moderna de muchos países, especialmente en el área iberoamericana.

Esta doctrina parece englobar de manera bastante sólida la relación entre moral y Constitución, en el sentido contemporáneo. Sin embargo, también ha tenido críticos muy influyentes como Riccardo Guastini o Juan Antonio García Amado, para mencionar algunos de los oponentes más destacados, cuyas réplicas a Zagrebelsky serán analizadas posteriormente.

El neoconstitucionalismo se caracteriza generalmente por tres aspectos. En primer lugar, asume la diferencia entre principios y reglas; estas funcionan de maneras diferentes en la argumentación jurídico. Generalmente, se afirma que las reglas se aplican o no se aplican; los principios, sin embargo, son sometidos a procesos de ponderación, de evaluación y de peso relativo en la situación bajo consideración. Desde luego, la diferencia puede ser elaborada de manera diferentes según los autores de los que se trate. Es claro que Zagrebelsky, al ser tan crítico de la formalidad de las leyes, se decantan por una aplicación de los principios, lo cual lleva a una moralización notable del derecho.

En segundo lugar, la “ponderación se entiende como la forma adecuada para la aplicación de los principios, mientras la subsunción lo sería para las reglas” (Pozzolo, p. 2017, p. 145). Esta puede entenderse de diversas maneras, pero lo que implica es que es necesario comparar el peso relativo de los principios que colisionan en ciertos momentos. Este proceso comparativo suele estar regulado por un criterio sistemático. Entre estos ha destacado el elaborado por el jurista alemán Robert Alexy, enfoque en el cual se presta atención a buscar un equilibrio entre la promoción del principio más

importante y el impacto menor hacia el principio que se ha visto afectado; se busca la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de dicho proceso. Como lo dice Pozzolo (2017):

(...) la antinomia entre los principios se puede reconstruir como momentánea, de modo que no conduce a la expulsión del principio con menor peso, el cual sencillamente se entenderá precedido en el caso concreto y conservará su plena fuerza para ser ponderado en otros casos. (p. 146)

En cuanto a la ponderación, como se verá más adelante, Zagrebelsky piensa en una justicia material que descansa en el ser humano como un ente dotado de conciencia.

En tercer lugar, se presenta un rol diferente para la Constitución, la cual adopta un carácter supremo que penetra todo el sistema. La Constitución determina el orden jurídico; la legislación debe promover o por lo menos ser consistente con la Constitución, especialmente con su núcleo axiológico. En este contexto, la jurisprudencia gana una importancia fundamental, especialmente frente a las limitaciones que se imponen al componente legislativo. Este proceso hace que gane importancia el derecho comparado, dado que la jurisprudencia no se limita a la producción de las cortes nacionales.

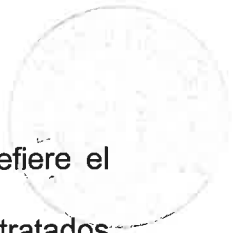
Se abre, en consecuencia, una puerta hacia un derecho consistente con la naturaleza universal de los derechos. Claramente, Zagrebelsky acepta esta caracterización, puesto que para el Estado de derecho suele ser incapaz, por su formalidad que sirve a los que tienen el poder, de garantizar un acceso a la justicia material como valor supremo del derecho.



Desde luego, adolece de algunos puntos problemáticos a partir de los cuales, dichos juristas lo objetan, cual es el caso del exagerado papel que se le suele dar a las cortes constitucionales, lo cual ha generado no pocas tensiones en los países que, además, contienen una Corte Suprema de Justicia, este es el caso mismo de Guatemala. Asimismo, el método de la ponderación de valores es sujeto a poderosas críticas que deben ser tomadas en cuenta.

Desde esta perspectiva teórica, el derecho constitucional se fundamenta en la promoción de los valores a través de un ejercicio que busca la ponderación y la equidad y, en muchas ocasiones, la aplicación directa de la Constitución en la esfera judicial. Este modelo de doctrina jurídica, como lo opina Zagrebelsky (2016), todavía no ha terminado de influir la práctica real de los juristas, debido a que no se toma en cuenta en el trabajo de estos.

En términos más generales, el foco de crítica al neoconstitucionalismo ha sido la relativa falta de claridad que plantean las decisiones basadas en los valores. En efecto, los jueces mismos están influenciados por estos, de manera que diferentes miembros de la judicatura constitucional pueden tomar diferentes decisiones. En estos casos, el juez decide, pero es un rasgo cuestionable saber que se pudieron haber tomado otras decisiones al respecto, quizás substrayendo el poder respectivo del poder legislativo dentro del ideal de la división de poderes. Entonces se da el fenómeno de la previsibilidad de las decisiones de los jueces en singular, lo cual provoca el problema de que se trata de escoger a los jueces en determinados casos. Esto, sin duda, afecta negativamente a la certeza jurídica.



Se piensa que este factor causa perjuicio a la seguridad jurídica, la cual prefiere el gobierno de las leyes que el gobierno de los hombres. Estos temas serán tratados adelante. Sin embargo, aunque los valores permitan cierto juego, las decisiones basadas en estas, no necesariamente son irracionales. La pura arbitrariedad no tiene lugar en el derecho constitucional contemporáneo, el cual engloba ejercicios de argumentación jurídica que garantizan la calidad de las decisiones jurisdiccionales, aun cuando no siempre se alcance unanimidad. En efecto, existe una opción por los valores, y cuando estos se sostienen de manera consistente, se puede lograr un modo de vida tolerante y centrado en los acuerdos racionales entre las personas.

2.5. La relevancia de Zagrebelsky

Para entender la relevancia de Zagrebelsky es necesario tomar en cuenta la situación actual de crisis en el terreno del constitucionalismo. Si se hace una revisión de la situación global del constitucionalismo, se podrá notar una serie de problemas que se enfrentan en diferentes países del mundo. Se ha visto la forma en que se han manipulado constituciones para permitir la reelección (Honduras), la manera en que la selección de los miembros del tribunal constitucional influencia las decisiones de dicho organismo (Estados Unidos).

Desde hace tiempo, se han creado constituciones o reformas de estas que buscan, por ejemplo, la continuación en el poder de líderes políticos autoritarios o la legitimación de políticas antiinmigrantes, como es el caso de los Estados Unidos. En Guatemala, la judicialización de la política y la politización de la justicia ha llevado a una serie de anomalías que han afectado ya al mismo proceso de formación de la misma Corte de

Constitucionalidad, en un proceso problemático que debe reencauzarse según el espíritu de este modelo de vida en común.

A pesar de esta situación, el derecho constitucional ha experimentado una notable evolución. Sin embargo, dicha evolución no se ha visto reflejado en la misma medida en la práctica debido al desarrollo de prácticas sin mayor sustento doctrinal, razón por la cual el desenvolvimiento real de la práctica teórica parece distanciarse de sus supuestos teóricos. Este es un factor que agrava la mencionada crisis constitucional que ya no puede ocultarse y que lleva a serios conflictos en las sociedades contemporáneas.

Pueden considerarse, de nuevo, las múltiples crisis guatemaltecas en las que la Corte de Constitucionalidad ha jugado un papel, muchas veces cuestionado, para resolver problemas urgentes. Puede recordarse, en particular, la notable desobediencia del que ha sido objeto dicho documento fundacional, fenómeno del cual pueden darse varios ejemplos en la historia reciente de Guatemala. Estos acontecimientos no son consistentes con una comprensión adecuada del paradigma constitucional de la actualidad.

En ese sentido, esta tesis también debe presentar a Zagrebelsky brindado respuestas a algunos de los problemas que ocupan la atención del constitucionalismo moderno. No se puede negar que la Constitución puede ser un texto viviente, transformado continuamente por el trabajo interpretativo de esta, experimentado mutaciones, algunas de ellas de carácter regresivo. De este modo, la regla no es solo el desarrollo evolutivo del texto constitucional; también pueden darse lecturas involutivas que ponen en riesgo



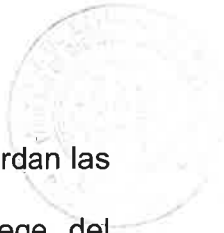
el carácter de la Constitución, especialmente cuando se intentan ampliar el sentido de un texto que no puede ser ajeno a las demandas de la historia. De la misma manera, debe evaluarse a Zagrebelsky en función del desafío que presenta la mutatividad jurisprudencial del derecho constitucional. Estos son temas que, sin duda, no son de fácil resolución, pero presenta oportunidades para desarrollar el pensamiento de tan influyente e importante pensador. Asimismo, se presenta una oportunidad para situar al lector en medio de un debate tan arduo, como interesante y enriquecedor.

Se puede ahora ahondar lo que se dijo en el primer capítulo, sobre la desconstitucionalización (Sagües, 2016, capítulo 4). La Constitución se ve reducida, abandonada en su axiología, desvalorizada y falseada, hasta el punto que sus aspectos dogmáticos desaparecen o simplemente se ven menoscabados quedando únicamente los componentes orgánicos, aunque como se ve, sociológicamente derogados, como lo muestra las notables anomalías constitucionales, que surgieron en Guatemala en la pasada presidencia.⁵

En este contexto surge el pensamiento de Zagrebelsky. Este adopta una perspectiva de la Constitución que contempla sus amplios aspectos políticos, los cuales, a menudo, han sido omitidos por una visión estrecha de corte positivista. Para este autor (citado por Carbonell, 2008), la tarea de la Constitución consiste en:

(...) fijar los presupuestos de la convivencia, es decir, los principios sustanciales de la vida común y las reglas del ejercicio del poder público aceptados por todos, situados por ello fuera, incluso por encima, de la batalla política (...). La

⁵ La referencia es a la desobediencia a la Constitución que llevó a cabo el gobierno de Jimmy Morales.

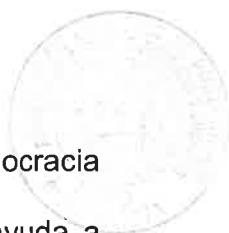


Constitución fija en primer lugar el *pactum societatis*, con el cual se acuerdan las condiciones de la convivencia, en ese recíproco respeto que protege del conflicto extremo, es decir, de la guerra civil. (p. 562)

Sin embargo, lo hace desde una perspectiva que no olvida las dimensiones morales de la política. Debe recordarse que la política, si se asumen sus múltiples significados, no es un simple juego por el poder, sino también es una tarea de encontrar formas de vida en común en que las personas pueden vivir en una sociedad de justicia, en la cual puedan desarrollar sus proyectos particulares de vida buena.

El enfoque de Zagrebelsky es consistente con teorías que gozan de reconocimiento extendido en la teoría del derecho constitucional, por ejemplo, la teoría de la indecibilidad y del coto vedado, conceptos que determinan las bases de la democracia constitucional en el sentido de ser presupuestos por esta. Diferentes versiones de estos enfoques han sido sostenidos y defendidos por otros juristas contemporáneos, como acontece con el también italiano Luigi Ferrajoli y el argentino Ernesto Garzón Valdés. En esta dirección, puede decirse que el pensamiento de este autor recoge no ideas aisladas, sino el espíritu constitucional de una época. Sin duda, este hecho ha ayudado al respeto general que inspira su pensamiento dentro del pensamiento constitucional actual.

Estos principios, en efecto, no pueden ser negados por la mayoría de la sociedad, razón que hace que la democracia constitucional se separe de cualquier democracia plebiscitaria o cualquier ordenamiento en el que prive la voluntad de la mayoría social. Los derechos fundamentales responden a los derechos que protegen al individuo de



las decisiones de la mayoría y, tal principio, brinda razón de ser a la democracia constitucional. Sin embargo, como se verá en el próximo capítulo, también ayuda a separarse del dominio de la minoría poderosa de la oligarquía, la cual ha consolidado su dominio en la época contemporánea.

Dentro de la filosofía del derecho de Zagrebelsky destaca una posición cercana a un iusnaturalismo clásico, aunque con un carácter interpretativo que no se encuentra en el pensamiento de alguien como Tomás de Aquino. Debe notarse, en este sentido, que Zagrebelsky se enfoca en una sociedad plural a diferencia del filósofo medieval. De este modo, conviene deslindar en la producción teórica de Zagrebelsky dos elementos fundamentales.

En primer lugar, el autor italiano adopta un método filosófico casi de naturaleza kantiana, puesto que aborda los fundamentos y presupuestos del ejercicio jurídico más que las formas positivas de este. Esta metodología no suele discutirse por los juristas que estudian con más atención el derecho positivo, quizás porque se encuentran enfrascados en sus actividades cotidianas, en donde se deben resolver los problemas jurídicos de manera inmediata. En las palabras del mismo Zagrebelsky (2016):

Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto. Por ello, los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del derecho positivo con las que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí su solución. Los juristas saben bien que la raíz de sus certezas y creencias

comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en otro sitio. Para aclarar lo que de verdad les une o les divide es preciso ir más al fondo o, lo que es lo mismo, a buscar más arriba, en lo que no aparece expreso. (p. 9)

Zagrebelsky aborda, en consecuencia, lo que viene a ser el punto débil de las posiciones de muchos juristas. Bajo las presiones de la vida del derecho, muchos operadores de este actúan con una concepción de este que no reconoce las verdaderas bases de las doctrinas respectivas. Se sigue con un positivismo que hace tiempo perdió su razón de ser.

En este sentido, el derecho ya no depende de las leyes, sino de principios, y comprender cómo funcionan estos requiere cierta familiaridad con los principios filosóficos de la cultura jurídica, los cuales se han desarrollado a través de la historia. Naturalmente, dichos principios son accesibles a culturas jurídicas que, como la italiana, tienen un conocimiento profundo de la historia, dado que en el seno de esta surgió el mismo derecho romano.

Por ejemplo, cuando se habla del derecho civil se respetan las cláusulas, pero se ha olvidado la importancia de la buena fe en las operaciones respectivas. Un contrato, por ejemplo, puede ser criticado bajo el punto de vista de la forma en que este afecta a ciertos derechos. De este modo, se dan como válidas las condiciones contractuales, sin que se examinen si estas responden a los valores que quiere imponer el discurso constitucional, el cual rige entre particulares.

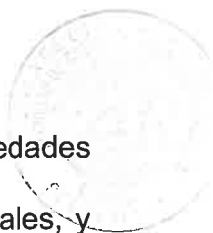
En consecuencia, muchos ciudadanos, que ignoran las demandas constitucionales que exigen un nivel de justicia y moralidad que se pierde en la práctica cotidiana del



derecho, viven bajo la impresión de que las leyes solo favorecen a los que tienen mayor poder social, creencia difícil de erradicar cuando los operadores jurídicos más poderosos suelen imponer su voluntad sobre el resto de la sociedad. Por esta razón, muchas personas ven con escepticismo la práctica jurídica, y seguramente, no les falta nada de razón en dichas apreciaciones negativas.

En segundo lugar, su doctrina asume el pluralismo valorativo de las sociedades actuales. Como se sabe, no existen perspectivas axiológicas únicas en las sociedades de la actualidad: existen diferencias religiosas, culturales, de orientación sexual, ideologías políticas diversas, en fin, una serie de diferencias que exigen tomar perspectivas constitucionales más amplias. Asimismo, las sociedades modernas han sido cambiadas por la migración, lo cual establece nuevas perspectivas culturales; de este modo, se presenta el problema de acomodar las diferencias respectivas en la sociedad respectiva.

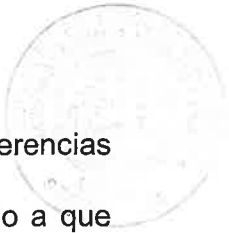
Del mismo modo, los nuevos derechos, por ejemplo, los de género, traen visiones distintas que, aunque no compartidas, deben respetarse por parte de aquellos que no las comparten. Sin duda, esto es mucho más difícil lograrlo que solo proponérselo. Esto lleva a menudo a agudos desacuerdos entre los ciudadanos, especialmente cuando los conflictos se relacionan a cuestiones sexuales, morales y religiosas. De hecho, la polarización política es un preocupante fenómeno de la época contemporánea, el cual ha afectado incluso a los Estados Unidos, país que hasta hace poco era relativamente estable.



Este fenómeno ha sido fomentado por la apertura y tolerancia de las sociedades actuales, así como por el fenómeno de que las sociedades no son monoculturales, y por el reconocimiento del derecho a vivir según distintas concepciones del mundo. En el campo de la economía, por ejemplo, existen diferentes versiones acerca de las políticas estatales que se deben favorecer en las respectivas políticas públicas. Sin duda, este es un tema importante para este autor, en virtud precisamente de las tendencias naturalistas que son evidentes en su obra, los cuales lo inclinan al bien común. En este sentido, Zagrebelsky (2016) dice:

Las sociedades pluralistas actuales —es decir, las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses como ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado—, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto determinado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional. (p. 13)

Para responder a este pluralismo, desafío complejo en las conflictivas sociedades de la época contemporánea, Zagrebelsky plantea una visión flexible del derecho. Nuestro autor no apoya una visión fija y dogmática del constitucionalismo que se deba



mantener a toda costa, la cual tendría problemas para poder acomodar las diferencias respectivas. No se somete al tenor literal del documento constitucional, debido a que dicho documento necesita ser interpretado para poder encontrar soluciones a los problemas actuales de las democracias constitucionales.

Por decirlo así, la Constitución no tiene normas que contemplan todos los problemas, sino que se debe interpretar su texto para hacer que esta ofrezca soluciones. La actividad interpretativa resulta, entonces, inevitable, puesto que en cada momento se ofrecen circunstancias relativamente nuevas, que demanda repensar la constelación de principios y valores constitucionales que se usa en cada caso en particular.

Se deben tomar en cuenta las circunstancias de cada momento, para así responder, con flexibles criterios fundamentados, a las cruciales preguntas que plantea el gobierno de una sociedad. Para el efecto, la visión constitucionalista de nuestro autor se basa en la ductilidad, lo cual no implica solo maleabilidad, sino flexibilidad reflexiva para poder encontrar las respuestas del derecho. La ductilidad permite encontrar el significado amplio de los principios del derecho. De este modo, Zagrebelsky (2016) propone la visión del derecho dúctil. En sus palabras:

La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble

imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental. (pp. 14-15)

Se busca, pues, un orden jurídico que no privilegie los valores de un grupo sobre los sostenidos por otras colectividades que cohabitan dentro de la misma sociedad. Se debe buscar, de manera flexible, soluciones a los problemas que trae la convivencia en las sociedades modernas. Este objetivo se ve acrecentado por la notable incidencia de la moral crítica dentro del orden constitucional, aspecto que permite desarrollar con amplitud el enfoque de Zagrebelsky.

2.6. Conclusión del capítulo

En este capítulo se ha estudiado el pensamiento de Gustavo Zagrebelsky, así como algunos aspectos de su circunstancia que son importantes para comprender su pensamiento jurídico. Se ha visto que este pensador se caracteriza por la hondura filosófica de sus planteamientos en el campo jurídico.

Zagrebelsky se destaca por su absorción del espíritu axiológico que ha marcado el desarrollo del constitucionalismo contemporáneo, el cual reacciona al positivismo duro del siglo XIX, el que permitió en última instancia la existencia de leyes sin contenido moral que hicieron posible el dominio del fascismo. En este sentido, la preocupación de nuestro autor con las dimensiones morales y axiológicas del derecho se ubica dentro de tal espíritu, lo cual ha hecho que también se convierta en uno de los grandes exponentes del neoconstitucionalismo. Precisamente, su intento de pensar hasta las últimas consecuencias tal paradigma lo ha hecho objeto de críticas poderosas por parte

de positivistas contemporáneos. Dichas posiciones serán examinadas en el siguiente capítulo.

Se ha mostrado su ubicación dentro del movimiento neoconstitucionalista, el cual goza de amplia influencia en el mundo iberoamericano. Esto señala sus influencias filosóficas y jurídicas concretas, como es el caso del pensador norteamericano Ronald Dworkin, quien ha recuperado la importancia de los principios, entre ellos, los principios generales del derecho en la configuración de la práctica concreta de las disciplinas jurídicas

Esto hace que su pensamiento se mueva a un nivel que supera lo estrictamente jurídico, aun cuando no se distancie de tales intereses legítimos. En este sentido, se reconocen las críticas que se le hacen a este autor, pero se le defiende en términos de su compromiso con la moral, el cual se manifiesta especialmente en los casos difíciles, como es el ejemplo del caso Serena, el cual dividió a la opinión pública italiana. Se puede decir, en consecuencia, que el pensamiento de Zagrebelsky está a un nivel en el que se evalúa la misma razón de ser de las instituciones jurídicas, y, por lo tanto, responde a otras motivaciones. Este caso muestra su marcada sensibilidad moral, un punto que debe ser tomado en cuenta en su real importancia.

El siguiente capítulo se dedica específicamente a estudiar y valorar el pensamiento de Zagrebelsky. Para el efecto se considera el tópico siempre importante de las relaciones entre derecho y moral. De este modo, se quiere ampliar el contexto que permitirá una revaloración más amplia de las tesis de Zagrebelsky en relación a sus interlocutores en el terreno de la filosofía del derecho. Esta respuesta a los críticos se elaborará en el



cuarto capítulo de este trabajo. Se tendrá ocasión entonces de ampliar las respuestas a los críticos de este gran pensador, lo cual permitirá que nos adentremos en problemas como el del Estado constitucional, como es el tema del pluralismo y el papel que actualmente juega la teoría de la argumentación en los contextos de decisión constitucional.





CAPÍTULO III

3. Valoración del pensamiento de Zagrebelsky

Hasta el momento se han presentado, con algún detalle, algunas de las ideas fundamentales de Zagrebelsky, con el objeto de mostrar las características fundamentales de su pensamiento. En particular, se ha tratado de clarificar el sistema de ideas básicas que conforman su pensamiento, respecto de la naturaleza del derecho en tanto derecho constitucional, y se ha insertado su pensamiento en las corrientes jurídicas contemporáneas. Asimismo, se ha tratado de presentar su pensamiento a la luz de las circunstancias culturales del constitucionalismo. Se ha insistido en el marcado carácter moral de este destacado constitucionalista, el cual, sin embargo, se intenta desmarcar del iusnaturalismo clásico

Ahora bien, otra manera de comprobar la validez de una teoría en cualquier campo de la actividad humana es su capacidad de captar los problemas que ocupan la atención de los practicantes de la disciplina y, de acuerdo con tales ideas, proponer soluciones para estos. Si logra iluminar algunos de estos aspectos, brindando elementos valiosos para su adecuado tratamiento, entonces podrá considerarse con mayor atención.

Por esta razón, es importante considerar las críticas que se la han hecho de sus ideas, especialmente cuando estas provienen de destacadas personalidades en el mismo campo de estudio. Así, la calidad de las respuestas que pueden deducirse de los planteamientos de Zagrebelsky puede servir como fundamento para aceptar sus propuestas teóricas, siempre con la conciencia de que es necesario investigar más para que estas respuestas muestren toda su fuerza.



El propósito central del capítulo consiste en presentar algunas de las críticas a las que ha sido sometido el pensamiento de Zagrebelsky, para evaluar la forma en que este autor responde a ellas. Se consideran tres críticas que vienen de destacados pensadores del positivismo contemporáneo, especialmente en relación con la suma importancia que Zagrebelsky le presta a las consideraciones de tipo moral y pluralista en sus obras. Se trata de responder a esas críticas, trayendo en consideración otros aspectos del pensamiento de este autor, de manera que al responder a estas críticas se demuestra con mayor claridad la riqueza del pensamiento de Zagrebelsky para una mejor valoración de su obra. Debe recordarse, en este sentido, que Zagrebelsky ha entrado en diálogo con otros intelectuales contemporáneos, haciendo que su obra muestre su notable orientación humanista.

Es de notar que la mayoría de críticas vienen de autores de tendencia positivista. Esto no debe extrañar, puesto que Zagrebelsky se ha destacado por su marcado distanciamiento del positivismo, especialmente el que reducía el derecho a la ley. En este sentido, debe notarse que el positivismo contemporáneo ha marcado sus diferencias con respecto a otras corrientes positivistas que venían del pasado. Destacados positivistas, por ejemplo, son defensores de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos actuales.

En la primera parte de este capítulo, se hace un análisis de la nueva etapa de la discusión entre iusnaturalismo y positivismo que se ha da dentro del nuevo constitucionalismo. En la segunda se discute brevemente la relación entre iusnaturalismo y pluralismo. En la tercera, se plantea la reevaluación del núcleo axiológico de la Constitución a partir del cambio constitucional de la época



contemporánea. La cuarta sección aborda la crítica de Riccardo Guastini a nuestro autor. La quinta y la sexta se ocupan de las críticas de García Amado y Gregorio Peces Barba. La séptima, se ocupa de una respuesta general a los críticos de Zagrebelsky. En octavo lugar, se hace un breve análisis de la teoría de la argumentación en el modelo constitucional.

3.1. Iusnaturalismo, iuspositivismo y nuevo constitucionalismo

Como es de esperar, los cambios presentan viejos problemas bajo diferentes matices. En este sentido, la relación entre derecho y moral ha sido un tópico de persistente importancia en la historia del derecho, pero no puede tratarse de la misma manera en el siglo XVIII que a principios del Siglo XXI, pues no es lo mismo el pensamiento de Cicerón que el de Hobbes. Este es un fenómeno general en todas las áreas del pensamiento.

Las ideas de Platón, por ejemplo, siguen presentes, aunque bajo diferentes ropajes, los que imponen las condiciones nuevas. Lo mismo sucede con Aristóteles, cuyas perspectivas aparecen, con las mutaciones del caso, en el pensamiento de la Iglesia Católica, la cual, sin embargo, también alberga diferentes formas de concebir los problemas fundamentales en ciertas disciplinas filosóficas y teológicas, como en el caso de los problemas sociales.

Asimismo, la concepción de los derechos en el primer liberalismo, el que se desarrolla en el siglo XVIII, no es igual al de los derechos en la época contemporánea. En ese tiempo, al principio del orden capitalista, se buscaba libertad para la naciente burguesía, y, en consecuencia, se luchaba contra el Estado monárquico, el cual no

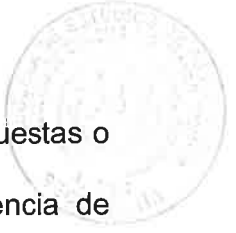


surgía del acuerdo entre voluntades libres. Sin embargo, ahora el problema son los poderes privados, que se encontraban antes oprimidos, los cuales en la actualidad son muchas veces son mucho más poderosos que los gobiernos. Para mencionar dos ejemplos famosos, el capital de la compañía transnacional Apple, por ejemplo, supera al PBI de Brasil y el de su empresa rival, Microsoft, al de España y Australia juntos.⁶ Estas realidades diferentes presentan problemas que no pueden ser resueltos con propuestas de hace siglos.

El constitucionalismo contemporáneo, entonces, refleja estas las dos propuestas, la iusnaturalista y la iuspositivista. En el caso de Zagrebelsky predomina una concepción iusnaturalista, la cual suele diferenciarse de las concepciones de tipo garantista. Como lo dice el creador del garantismo, Ferrajoli (2011) para explicar su propia concepción positivista:

(...) el constitucionalismo puede ser concebido de dos maneras opuestas: como una superación del positivismo jurídico en sentido tendencialmente iusnaturalista, o bien como su expansión o perfeccionamiento. La primera concepción, etiquetada comúnmente de «neoconstitucionalista», es, con toda seguridad, la más difundida. La finalidad de esta intervención es sostener, por el contrario, una concepción del constitucionalismo estrictamente «iuspositivista», entendiendo por «positivismo jurídico» una concepción y/o un modelo de

⁶ Véanse los datos consignados en <https://www.iproup.com/innovacion/16761-economia-digital-que-empresas-valen-mas-que-paises> (recuperado el 18 de enero de 2021). Es fácil comprender el poder político que viene con tal potencial económico. Adicionalmente, debe mencionarse que estas empresas suelen no solo pagar los impuestos debidos, sino que muchas veces reciben ayudas de los gobiernos. La estrategia de estas empresas es declarar ganancias en donde hay pocos impuestos, y pérdida en donde se ofrecen incentivos para las empresas en problemas. Esto indica la necesidad de crear esquemas de impuestos que superen las limitaciones de los actuales.



Derecho que reconozcan como «derecho» a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia. (p. 16)

Puede verse, en consecuencia, que el mismo Ferrajoli se pone del lado del constitucionalismo iuspositivista. La idea general de este autor es que la positivación de los derechos humanos cambia la orientación del sistema, estableciendo vínculos sustanciales que deben ser observados por el legislador o, en última instancia, por el juez.

Históricamente, le corresponde al iusnaturalismo ser la primera corriente fuerte dentro de la justificación del derecho. Esta hunde sus raíces en el pensamiento primigenio de los primeros pensadores de la humanidad. Sin embargo, las corrientes vuelven a renacer cuando cambian las circunstancias históricas. Adoptan, sin embargo, formas nuevas, para responder a desafíos que no habían surgido en anteriores formulaciones de estas, precisamente porque las situaciones concretas varían de una manera radical y evidente.

Sin embargo, somos de la opinión de que el derecho tiene siempre un innegable contenido moral que no puede ignorarse sin distorsionar la misma idea de derecho. La moral, desde luego, es uno de los sistemas protonormativos que dan origen a diferentes áreas de actividad en la formación y gestión de la sociedad humana, la cual siempre ha sido colectiva. De este modo, se puede plantear la relación entre moral y política, entre religión y moral y entre moral y derecho.

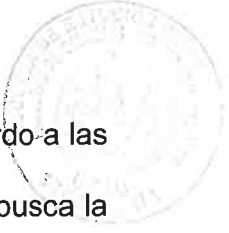


En ese sentido, la moral es un área inescapable de la existencia humana, ya sea al nivel individual o en la esfera de la comunidad. Aunque sea positivo, el derecho siempre se ha justificado bajo la idea de que se busca la justicia, no se puede ver simplemente cómo la enunciación de un sistema regulativo por parte de quien usufructúa los niveles directivos de una sociedad. De una u otra manera, siempre existe una justificación moral del derecho, aun cuando esta pueda ser claramente falsa o engañosa.

Sin embargo, cambia con el tiempo y la adopción de los derechos humanos deja claro que estamos frente a un nuevo paradigma en la visión de los seres humanos como seres dotados de dignidad. Por lo tanto, no puede extrañar su profunda presencia dentro del derecho constitucional.

Es obvio, entonces, que la relación entre moral y derecho se puede visualizar y estudiar desde los primeros momentos en los que puede hablarse de la existencia de un sistema jurídico en cualquier sociedad. Por su importancia generalizada, dicha relación se suele encontrar bastante desarrollada en el mundo griego y romano, ámbitos culturales cuyas producciones han sido bastante influyentes en la configuración de lo que ahora se denomina “cultura occidental”. De hecho, muchos de los desarrollos morales del derecho, a lo largo de la historia, se han cristalizado en el concepto de “principios generales del derecho”.

El planteamiento de Zagrebelsky tiende a ser enteramente iusnaturalismo, siempre tomando en cuenta la diferencia de tiempo que media entre el pasado y el presente. Existen varias clases de iusnaturalismo, y muchos de estos se desarrollan a través de



la historia, siempre siguiendo una línea de desarrollo que se despliega de acuerdo a las demandas históricas que van presentado los diversos momentos. Zagrebelsky busca la racionalidad del derecho a un nivel más alto que las antiguas propuestas.

Zagrebelsky se sitúa en una posición en la que el derecho constitucional constituye la realización de los derechos fundamentales, los cuales son guiados por valores éticos comprensivos. De ahí su lucha con el positivismo en sus diferentes dimensiones. Sin embargo, en cierto momento se pronuncia en favor de la constitucionalización de los derechos humanos, lo cual significaría que su rechazo al positivismo también debe ser atenuado de manera correspondiente, sin negar sus tendencias iusnaturalistas.

3.2. Pluralismo e iusnaturalismo

Uno de los grandes movimientos en las sociedades modernas es el pluralismo, el cual conlleva no un relativismo, sino más bien un reconocimiento positivo de las diversas concepciones del mundo. Este espíritu pluralista se ha manifestado de varias maneras: se aceptan diferentes formas de vida, se reconocen derechos a religiones, se toleran y a veces fomentan las culturas de los migrantes. En algunas sociedades se reconoce, asimismo, la existencia de diversas comunidades nacionales que pugnan por el reconocimiento de sus tradiciones políticas. En este sentido, por ejemplo, los pueblos indígenas han luchado por el reconocimiento de sus sistemas jurídicos, como ha sido el caso de países como Bolivia o Ecuador, e incluso en países como Guatemala.

Esto hace que sea necesario tener respuestas, que no se tenían cuando se argumentaba en el seno de una sociedad que tenía una fisonomía cultural más uniforme, en el que predominaba una visión cultural que supuestamente unificaba a la



sociedad, no por medio de costumbres democráticas, sino simplemente a través de la fuerza o por medio de prejuicios sociales.⁷ El pluralismo, se repite, no es una concepción relativista, pero sí puede significar dificultades para encontrar convergencia entre distintos modos de vida pertinentes a aspectos tan importantes como la posición de la mujer en la sociedad.

En efecto, cada vez gana mayor respaldo la idea que los sistemas de pensamiento varían de un lugar a otro. La creencia de que existe solo una forma correcta de pensamiento ha sido acusada de establecer los intereses de un grupo con intereses definidos. Este hecho también se refleja en la esfera internacional, como lo dice Criado Aguilera (2016) en una larga cita:

El actual contexto de globalización se traduce en términos jurídico-políticos en un marco de interdependencia en que el paradigma del Estado-nación como cuerpo soberano dotado de una norma constitucional omnicompreensiva se muestra debilitado. Ello, sumado a los procesos de integración supranacional, da lugar al concepto de pluralismo constitucional (entendido como diversidad de fuentes normativas que se reconocen mutuamente) para explicar una nueva realidad jurídica a escala interestatal (...). Las principales conclusiones advierten aspectos positivos del paradigma pluralista como el pragmatismo y la flexibilidad cooperativa, dialógica, relacional, y también aspectos cuestionables relacionados con el principio democrático y la seguridad jurídica. (p. 22)

⁷ Es tan profunda esta presencia del pluralismo que el mismo John Rawls se vio motivado a cambiar su teoría de la justicia, hablando de un consenso traslapado entre diversas visiones del mundo. El acepta el pluralismo como un hecho que no se debe soslayar.



Es momento, por lo tanto, de buscar una solución a los grandes retos que plantea reconocer otras perspectivas culturales. No es cuestión de cuestionar totalmente la cultura occidental, pero si es posible valorar otras perspectivas que han sido tradicionalmente ignoradas. Es cierto que la cultura occidental, con su énfasis en la ciencia y la racionalidad, ha alcanzado grandes logros, pero también ha llevado a otros problemas graves, como lo es la capacidad de destrucción nuclear de la vida en el planeta.

Lo anterior también subraya una de las características propias del iusnaturalismo de Zagrebelsky que se nota en una lectura general del autor. Este autor no impone como razón natural del derecho una visión específica del mundo. Por esta razón, nuestro autor se resiste a identificarse explícitamente con el iusnaturalismo clásico, aun cuando su opción por los valores del derecho, de hecho, lo acerca a esta corriente. En efecto, para Zagrebelsky decir que existe una razón natural va en contra del principio democrático, sin embargo, esto no le impide la aceptación de valores. No se puede aceptar, por ejemplo, como definitivo y garantizado el iusnaturalismo católico, simplemente porque no todas las sociedades son católicas.

Lo que Zagrebelsky busca es una concepción más amplia de la justicia, una que sea capaz de aceptar, en buena fe, visiones alternativas del mundo. En efecto, el inconveniente de ciertos iusnaturalismos es que pueden querer imponer una perspectiva del mundo, por ejemplo, bajo creencias religiosas. Sin embargo, nuestro autor busca situarse en el presente, en donde se han reconocido elementos importantes de otras concepciones del mundo. Por esta razón, su principio de



ductilidad es un elemento que fomenta una inclusiva visión constitucional en la que coexisten varias concepciones de la realidad.

3.3. La reevaluación del núcleo axiológico de la Constitución

En algunas partes de esta tesis, se enfatiza el problema que enfrenta el paradigma constitucional en la actualidad. Este problema se debe a la crisis de la política que se experimenta en muchos lugares del mundo. En este contexto, se ha desatado un intento por manipular las constituciones para que estas se acomoden a proyectos no democráticos. De esta manera, en algunos contextos, las fuerzas de gobierno han modificado incluso las cláusulas constitucionales para lograr prolongar sus períodos en el poder; en clara violación al juramento de proteger y cumplir la Constitución. Honduras es un ejemplo de ello. Existe, en consecuencia, un crecimiento de los gobiernos autocráticos en el mundo. Este fenómeno sucede incluso en países europeos, como lo muestra el caso de Polonia.

El problema de estas tendencias es que no se trata de mejorar la Constitución para acomodarla a una mejor realización de sus valores, sino que se busca que esta pueda acomodarse a los proyectos políticos de personajes cuestionables. Incluso los Estados Unidos han visto como la justicia constitucional cambia a través de la modificación ideológica de los miembros que forman parte de esta importante institución. Los resultados, como es de esperar, son desastrosos para una de las tradiciones constitucionales más robustas de la historia moderna. Esta tendencia lleva a la judicialización de la política y a la politización de la justicia, hecho anómalo en

ambientes en los que la política ha perdido su función bienhechora para convertirse en un juego por el poder.

En el caso de nuestro país, en la pasada presidencia guatemalteca de Jimmy Morales hubo un claro desacato a las decisiones de la Corte de Constitucionalidad, las cuales plantearon una especie rara de mutación constitucional, llevada a cabo por el Ejecutivo, cuyas consecuencias hasta la fecha aún no hemos aprehendido de manera adecuada. Se decía, por ejemplo, que la Constitución podía aplicarse taxativamente, como si fuese un texto penal, pasando por alto los requerimientos interpretativos que quedan en manos de la Corte de Constitucionalidad. Como se sabe, en la práctica constitucional actual, la Corte encargada de dictaminar el respeto de la Constitución siempre trata, al menos en la doctrina dominante, de interpretar la constitución de manera orgánica y sistemática.

Asumiendo una especie de postura moral de la Constitución, el cual recuerda el iusnaturalismo por la importancia brindada a la moral, la orientación de este autor adquiere algunos de los rasgos que derivan de las actuales circunstancias teóricas del constitucionalismo. Este pensamiento, sin embargo, es consistente con las preocupaciones de otros juristas que tienen un interés en cuestiones de filosofía política, como es el caso del pensador norteamericano Ronald Dworkin, quien también es considerado como un pensador que tiene importancia para el actual neoconstitucionalismo.

En particular, Zagrebelsky cuestiona la visión legalista y positivista del derecho, la cual reducía el derecho a la ley, y a esta como una expresión de la voluntad del Estado.



Para Zagrebelsky, el texto constitucional no debe ser leído de manera literal porque entonces la letra oculta el verdadero significado, al cual solo se llega por interpretación. Así, el texto de la Constitución no puede leerse como un código legal. Lo que ofrece son criterios racionales, de orden valorativo, que ayudan en la identificación de respuestas viables.

Estas son cuestiones importantes que plantea el enfoque de Zagrebelsky y, sin duda, son compartidos por el pensamiento de algunos de los pensadores que forman parte de la teoría neoconstitucionalista. Esta obra ofrece una oportunidad para discutir estos temas con la profundidad que merecen, especialmente tomando en cuenta las aportaciones más recientes en el campo de una doctrina que sigue conservando su importancia.

El derecho constitucional tiene formidables críticos. Uno de los argumentos es que viola la división de poderes, eludiendo el rol del Poder Legislativo. Esta crítica ha sido desarrollada por el jurista neozelandés Jeremy Waldron, quien ha criticado el modelo norteamericano de jurisdicción constitucional, afirmando que este viola la capacidad de autodeterminación democrática de la sociedad, el cual se viabiliza a través de la división de poderes.⁸ Sin embargo, ya se ha visto que es posible responder a sus justificadas críticas.

Siempre es un tema debatible el de la naturaleza de las cortes constitucionales. En los últimos tiempos se ha privilegiado, a nivel mundial, el modelo norteamericano de

⁸ Para una colección de escritos de Waldron en el que este explica y defiende su posición, puede verse Waldron, 2010.



control de constitucionalidad. En el futuro es posible que se promuevan otros modelos de adjudicación constitucional que busque y logren más inclusión.

3.4. La crítica de Guastini a Zagrebelsky

El arribo del neoconstitucionalismo no ha estado desprovisto de actitudes críticas por parte de teóricos, quienes disienten de sus premisas fundamentales y compartidas. De hecho, la misma denominación de “neoconstitucionalistas” ha venido de una pensadora crítica de esta corriente, a saber, la jurista italiana Suzanna Pozzolo. En general, el movimiento neoconstitucionalista ha sido objeto de crítica por parte de la denominada “Escuela realista de Génova”, la cual se ha desarrollado bajo la influencia general del pensador italiano, prematuramente desaparecido, Giovanni Tarello (1934-1987), y entre la cual se encuentran destacados exponentes de la actual ciencia jurídica desarrollada en Italia.

De entre los exponentes de esta escuela destaca Riccardo Guastini, a quien se deben numerosos y profundos estudios sobre la interpretación jurídica, los cuales incluso han sido ampliamente citados por sus oponentes. Este autor se destaca por sus minuciosos análisis de las tesis, que muchas veces simplemente se dan por garantizadas en el enfoque constitucionalista, la cual para Guastini es una posición que esconde muchas oscuridades que solo se evidencia cuando se procede a un análisis, especialmente lingüístico, de las posiciones sostenidas por los que piensan que el derecho constitucional es una versión del derecho que se diferencia de la orientación positivista.

Desde luego, los argumentos que presentan estos autores, así como otros de orientación similar, son dignos de consideración, precisamente en la medida en que se



preocupan por el funcionamiento real del derecho. En favor de ellos, puede decirse que se preocupan por otros valores como es el caso de la certeza del derecho y el valor de la seguridad jurídica y quieren evitar confusiones y malos entendidos. Estos valores son importantes, puesto que las personas aspiran a realizar sus puntos de vista en sociedades en las que las reglas y los límites jurídicos estén claramente definidos y establecidos.

Estos se han destacado, no solo por sus importantes aportes, sino también por su poderosa crítica hacia el constitucionalismo de orden principalista, como el de Zagrebelsky, y el de corte garantista, como el de Ferrajoli. De hecho, algunos de los neoconstitucionalistas aceptan la descripción que Guastini hace de sus posiciones. Esto muestra, en nuestra opinión, la honestidad y calidad de estos debates.

En su temprana crítica a Zagrebelsky, Guastini (1996) considera que:

El Derecho dúctil está envuelto en una atmósfera antipositivista, cuando no abiertamente iusnaturalista. Zagrebelsky, en efecto, rechaza claramente el positivismo jurídico como teoría del derecho; insinúa (aun sin afirmarlo expresamente) que las constituciones contemporáneas son una especie de derecho natural vigente y abraza sin más una doctrina antipositivista de la ciencia jurídica. (p. 111)

Guastini (1996) se concentra precisamente en la crítica de Zagrebelsky al positivismo. Sin embargo, muestra sus tendencias positivistas, las cuales no están en el terreno de versiones anteriores de esta corriente. Lo hace para señalar el punto concreto en que difiere de Zagrebelsky:



Uno de los rasgos constitutivos del positivismo jurídico es la tesis de la separación entre derecho y moral. En realidad, se trata de una tesis bastante compleja y llena de implicaciones (...) que exigiría un desarrollo más detenido. En esta sede, sin embargo, es suficiente con lo que sigue: desde el punto de vista del positivismo jurídico, ni las normas jurídicas son, solo por ello, justas ni las normas justas son, solo por ello, jurídicas. Esto significa, entre otras cosas, que no existe obligación moral de obedecer las normas jurídicas, ni obligación jurídica de obedecer las normas morales. (p. 113)

La tesis de que no existe obligación moral de defender las normas jurídicas, así como obligación jurídica de obedecer las normas morales, es bastante interesante y plantea una objeción sólida. En esta dirección, Guastini critica la orientación iusnaturalista del pensamiento de Zagrebelsky, cuestión que como se vio en el anterior capítulo, es matizada por el mismo Zagrebelsky, precisamente por su marcado pluralismo. En efecto, Zagrebelsky no es partidario de un iusnaturalismo tradicional, porque que esto significaría que se impondría una forma de pensar, en este caso la iusnaturalista clásica, frente a otras posiciones que también aprecien los valores, solo que de manera diferente, lo cual afectaría el pluralismo democrático valorado de manera significativa por nuestro autor.

En otro pasaje, Guastini (1996) presenta esta aguda observación:

(...) es una variante del iusnaturalismo la identificación -con la que también Zagrebelsky se muestra indulgente- de la justicia con la Constitución. Se trata de una forma de neolegalismo ético, en virtud del cual la Constitución (¿cualquier



Constitución?) aparece como una especie de derecho natural vigente: intrínsecamente justo, merecedor de obediencia e inmodificable (al menos, en los principios y valores que lo caracterizan). Desde el punto de vista del positivismo jurídico, el hecho de que la Constitución incorpore determinados principios de justicia no excluye que pueda ser considerada injusta por cualquiera que acepte otras concepciones de justicia distintas. En efecto, los principios de justicia positivizados en la Constitución no son «la justicia», sino tan solo la cristalización de algunas opiniones, controvertibles, sobre lo que es justo. (p. 113)

Estos contraargumentos deben ser considerados rigurosamente porque son importantes y cruciales. Sin embargo, a nuestro parecer, han sido clarificados por Zagrebelsky, puesto que es claro que él se ubica en un humanismo cristiano de orientación crítica, es decir, que está abierto a los valores de otras culturas, aunque hay que reconocerlo, no a cualesquiera posiciones. En ese sentido, puede decirse que las acusaciones de ser un iusnaturalista, en el sentido en que lo objeta Guastini, no se adecúan al pensamiento de Zagrebelsky,

Sin embargo, Guastini presenta otras críticas que, a nuestro parecer, muestran aspectos más problemáticos del pensamiento de ese autor. En particular, Guastini (1996) argumenta que el enfoque de Zagrebelsky lleva a un derecho incierto, debido a que el mismo pluralismo de los principios no pueden ser remitidos a criterios unitarios, que permitan dar una respuesta jurídica aceptable para todos los que aspiran a una solución de sus diferencias por el sistema de justicia, que realmente respete la

complejidad de este valor. Aquí se puede ubicar el siempre importante problema de la seguridad jurídica.

3.5. La crítica de García Amado a Zagrebelsky

Por su parte, García Amado resiente la extrema ductilidad del enfoque de Zagrebelsky. En su opinión, nuestro autor ataca una perspectiva caricaturesca del positivismo. Este argumento tiene algo de razón si se toma en cuenta el positivismo de autores como Ferrajoli o Bobbio, pensadores que tendencia democrática que no se alinean con las doctrinas fascistas que se desarrollaron en Italia en el período previo a la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, esta crítica parece ser injusta, puesto que pensadores como Zagrebelsky tienen como referencia el fascismo, y este está lejos de ser una realidad caricaturesca.

García Amado (1996) quien se ha destacado por su incansable defensa del positivismo en la región iberoamericana, critica la idea de Zagrebelsky que aún no se vive la realidad del derecho constitucional. Es un argumento basado en la práctica real del derecho por parte de sus operadores. Parece el autor español basarse en un respeto de la realidad del derecho. Dice el autor español:

Las ideas, diríamos, no están a la altura o al nivel de la realidad jurídica. Serán las ideas de los juristas las que han quedado desfasadas, mientras que el derecho se haría verdad sobre la base de otras ideas o de otra idea, aunque no se sabe muy bien si perteneciente a la sociedad en general, al legislador o al poder constituyente. Pero, para empezar, cuesta creer que la «idea»



determinante de la realidad práctica y vivencial del derecho no sea la «idea» que de éste profesan y enseñan los juristas. (p. 66)

Sin embargo, la posición de este autor no toca las dimensiones ideológicas del positivismo. En este sentido, cuando se critica el positivismo debe adoptarse una posición que trate de comprender el rol ideológico del positivismo. Para comprender este punto se puede acudir a una cita extensa de Ruiz Manero (2015):

Es muy conocida la distinción de Bobbio entre tres sentidos de positivismo jurídico: positivismo como enfoque general en el estudio del derecho, positivismo como teoría del derecho, y positivismo como ideología acerca del derecho. Recordándolo muy rápidamente, en el primer sentido – positivismo como enfoque – se trata de sostener ‘una clara distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser’ y también “la convicción de que el derecho del que ocuparse el jurista es el primero y no el segundo”. En el segundo sentido – positivismo como teoría específica del derecho –, se trata de la suma de la teoría de la coactividad, del imperativismo, de la supremacía de la ley y de la consideración del sistema jurídico como completo (carente de lagunas) y coherente (carente de antinomias). En el tercer sentido –positivismo como ideología– se trata de la atribución al derecho, por el mero hecho de existir, de un valor positivo y, en su versión más radical, de la consideración de que ‘el derecho positivo, por el mero hecho de ser positivo, es justo’ y existe, por tanto, respecto de él, un deber de obediencia. (p. 13)



Es claro que la opción por los valores no le permite a Zagrebelsky apoyar el positivismo ideológico. Esto estaría en contra de su marcada oposición al legalismo que privó durante el siglo XIX y que culminó con el advenimiento del fascismo en Alemania e Italia. Es ese sentido de positivismo, marcadamente ideológico, el que no se debe olvidar cuando se evalúa el pensamiento de este jurista y otros que se mueven en línea similar. Zagrebelsky siempre estará en contra de las imposiciones legales cuando estas tratan de encubrir un interés que viola la integridad constitucional, en particular, los intereses del poder concentrado que se encuentra detrás de la sujeción al formalismo del Estado de derecho.

De este modo, siempre había diferencias con alguien como Ferrajoli, quien piensa que el paradigma garantista adquiere su connotación moral porque logra positivizar los derechos humanos. En este caso, se hace presente un neopositivismo de carácter muy diferente al antiguo positivismo.

Este pensador ha demostrado que se interesa por llegar a las profundidades del problema de la moral y los valores, razón por la cual su enfoque no puede ser simplista. Desde luego, no va a compartir muchas ideas que se han impuesto en el derecho simplemente a partir de la práctica de este. Como partidario de la axiología sabe que el derecho siempre se encuentra a una distancia insalvable de la moral. Sin embargo, en su reflexión siempre intentará acortar tal distancia, puesto que, si bien la justicia no se alcanza nunca en el nivel en el que complaciera a todas las personas con buenas intenciones, si se puede decidir en dirección de ella.



Sin duda comprende los problemas del derecho positivos y sus ventajas, pero Zagrebelsky está marcado por el problema de la moral, el cual no se puede independizar de la práctica real del derecho. El positivismo extremo siempre tendrá el problema de no querer salvar esa distancia, precisamente porque ha renunciado a los valores.

3.6. La crítica de Gregorio Peces-Barba

En la primera edición en español de *Derecho dúctil*, se incluye un epílogo crítico del gran constitucionalista español Gregorio Peces-Barba, uno de los arquitectos de la Constitución española de 1978. Este texto, por razones ignoradas, ya no aparecen en ediciones subsiguientes, siempre en castellano, del libro fundamental de Zagrebelsky. Sin embargo, presenta varios rasgos interesantes del pensamiento del autor italiano, de los cuales seleccionamos únicamente dos, por estar vinculados directamente a cuestiones discutidas en este trabajo.

Peces-Barba empieza por cuestionar la conocida desconfianza de Zagrebelsky hacia el derecho positivo. En sus palabras, cercana a la crítica que de Zagrebelsky hace García Amado, dice Peces-Barba (1995):

Entre las afirmaciones excesivas se puede señalar la de la quiebra del positivismo y su incapacidad para abordar e interpretar las nuevas direcciones de la cultura jurídica. Se puede decir también que presenta a la cultura jurídica de la modernidad de forma reducida y restrictiva, y como agotada, al estudiar las leyes, las nuevas fuentes del derecho, como argumento contra su estabilidad, o la separación entre la ley y los derechos. Éste es el principal reproche que



Hoerster hace a los críticos del positivismo: su reduccionismo y su intento de extender críticas a aspectos superados del positivismo, a todo ese punto de vista en general. (pp. 158-159)

En este texto, Peces-Barba se concentra en el humanismo cristiano de Zagrebelsky y el relativo desapego con la que nuestro jurista ve la contribución del socialismo. Para el constitucionalista español esta es una notable falta de perspectiva, una posición “exagerada”. Se puede argumentar que aquí se puede ver la influencia del contexto cultural de Zagrebelsky. No se puede desdeñar la influencia del cristianismo, especialmente el catolicismo, en la cultura occidental.

Por lo demás, este autor muestra que el derecho de justicia es un aspecto que viene de la tradición católica y que no ha sido valorada por el liberalismo. No se habla de derechos de la voluntad, sino de aspectos concretos que hacen sufrir a los seres humanos, como el hambre y el mismo deseo de justicia. Es clara, entonces, toda su simpatía con esta dimensión valorativa de los derechos humanos que ha sido ignorada en los últimos tiempos.

3.7. Respuestas generales a los críticos

Es importante notar que Zagrebelsky practica una concepción valorativa del derecho. Tal vez exagera con su crítica del positivismo, pero sin duda, tiene razones para la desconfianza. No se puede minimizar la experiencia que significó el fascismo para los europeos. Quizás por esta razón Zagrebelsky mantiene tantos puntos de vista en común con Alexy. Tampoco se pueden descuidar las inconveniencias del positivismo,

el cual tampoco adopta siempre los matices que le quieren dar importantes pensadores como Ferrajoli y Guastini.

Por otro lado, es obvio que el enfoque de Zagrebelsky es mucho más filosófico, que el que practican algunos de sus críticos. Este punto se puede notar en la temática que este autor aborda, especialmente en cuestiones relativas a la filosofía moral. Esto marca una diferencia de perspectivas que, sin embargo, debe ser valoradas de manera adecuada.

La ciencia jurídica no es filosofía, pero esta última siempre será importante para la primera; históricamente, el derecho siempre ha estado vinculado a la filosofía, la cual se ocupa de muchos de los conceptos que son fundamentales para comprender el derecho. Por lo tanto, no se quiere señalar ningún tipo de superioridad de una sobre la otra, sino solo señalar tendencias que pueden apuntar en diferentes direcciones, pero que nunca pueden ser ignoradas.⁹

Se ha visto, en páginas anteriores, que este pensador se ha concentrado en arduos problemas de la filosofía moral y los valores y reflexiona sobre pensadores como Fiodor Dostoievsky. Esto lo ha llevado a amplias reflexiones sobre el signo moral del derecho, en los cuales ha compartido diálogos con filósofos morales e incluso con destacados religiosos. Dicha tendencia se ha manifestado, incluso, en sus esfuerzos para alcanzar decisiones en el campo del derecho constitucional. Sin duda, este hecho ha contribuido al justo prestigio del que goza este jurista.

⁹ Debe recordarse que algunos grandes filósofos han sido también juristas. Se puede pensar, por ejemplo, en las obras de Platón y Aristóteles. El primero escribió un tratado sobre las leyes, mientras que el segundo estudio la Constitución de Atenas.



Aquí se puede resaltar un punto importante. La mayoría de casos que se deciden en sede constitucional suelen ser bastante complicados. Muchas veces se plantean cuestiones esenciales para la organización de la vida política de un país. En sede constitucional, por ejemplo, se plantea la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

De este modo, cuando los procesos llegan a un tribunal constitucional, no es cuestión de aplicar las leyes de manera directa e irreflexiva: aquí las leyes han pasado a un segundo plano. Es aquí cuando se muestra la necesidad de argumentar desde el punto de vista de los principios y los valores que le dan sentido a la Constitución.

Un ejemplo que muestra la forma de pensar de Zagrebelsky es el famoso caso de la niña Serena. Esta niña había sido adoptada de forma anómala, pero había crecido en un hogar integrado. Se abrió un debate constitucional: se oponía la vigencia de la ley que impedía ese tipo de adopciones frente a la felicidad de la niña en su nuevo hogar. Había que ponderar la relación entre la seguridad jurídica y la justicia hacia una niña indefensa. Zagrebelsky pensó que el segundo era el valor importante. En consecuencia, difirió de la opinión que terminó ganando el caso, la cual sostenía que no era conveniente lanzar el mensaje de que cualquier pareja podía vulnerar la ley respectiva. Zagrebelsky pensaba en la situación concreta de la niña.

Se puede decir que las soluciones pueden ser divididas cuando se consideran los valores y los principios. Sin embargo, es necesario llegar a este nivel en diferentes ocasiones. La moral, no cualquier tipo de moral, sino la crítica y reflexiva, es importante en la vida humana y no se puede tener un buen pacto constitucional si no se tratan de



respetar los valores y principios que le han dado origen a la Constitución. Ignorar la reflexión sobre los valores puede llegar a ser un peligro para la existencia de justicia de las sociedades, las cuales demandan un sistema jurídico que busque dicho valor. La aplicación mecánica de leyes, puede ser inconveniente para la integridad del sistema constitucional. Esta es la motivación de aquellos que defienden una interpretación moral de la Constitución, la cual se muestra necesaria ante la vista de la injusticia cotidiana de nuestras sociedades.

Estas consideraciones apuntan a la necesidad de observar un procedimiento adecuado para la elección de los miembros de los tribunales constitucionales. Los miembros de este tribunal, se deben destacar por su integridad. En ese sentido, no es de temer que haya desacuerdos, puesto que este es un fenómeno natural. Sin embargo, diferencias no es lo mismo que arbitrariedad. Es esta el factor importante en un tribunal constitucional.

Lamentablemente, este ha sido uno de los problemas de la vigencia del modelo constitucional en la actualidad. Muchas veces los nombramientos en la respectiva Corte son políticos, lo cual puede llevar a que se defiendan intereses en lugar de valores. En Estados Unidos, por ejemplo, los presidentes saben que de la composición de la Corte Suprema de Justicia depende el futuro de sus decisiones. De esta manera, buscan sus jueces, los cuales muchas veces poseen características personales bastante cuestionables.

Los procesos señalados en el párrafo anterior en cierto modo son procesos naturales dentro de la política de un país, sin embargo, es necesario buscar alternativas para que



el sistema de elección de jueces constitucionales sea menos dirigido por la política y más orientado a la salvaguardia de la integridad constitucional. La política siempre tiene que ver con la lucha por el poder, pero esta no es su única función, puesto que también es la lucha por un orden justo. Este objetivo es alcanzable y necesario para garantizar la gobernabilidad de las sociedades actuales, las cuales se encuentran muy afectadas por la polarización de sus sociedades

3.8. La argumentación en el Estado constitucional

Desde siempre, la cuestión de decidir lo que dicen las normas ha sido un problema cotidiano en la práctica del derecho. El modo de razonamiento para encontrar el sentido genuino de las normas ha tenido, por lo general, una importancia fundamental en el derecho moderno, es decir, el que se desarrolla después de la Edad Media, período en el que predomina una visión teológica, específicamente cristiana, que cubre todos los aspectos de la vida humana.

Sin embargo, la forma en que se valora el derecho depende también del paradigma de esta que se impone en un momento dado. En los tiempos muy antiguos, en los cuales se pensaba que las decisiones eran de orden divino, los sospechosos de un crimen se sometían a un procedimiento, que se denominaban “ordalías” para demostrar si los sindicados eran culpables o no. Asimismo, durante la época del derecho positivista se pensó que se había arribado a modelos normativos dotados de plenitud jurídico. En estos sistemas se podía buscar la respuesta a cualquier pregunta que plantease el caso concreto: solo era cuestión de hacer una exégesis correcta, y en todo caso, de subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de la norma general. Si alguien



realizaba dicho supuesto de hecho (por ejemplo, un robo), se aplicaba la sanción que había contemplado la norma.

Con el advenimiento del paradigma constitucional actual, la teoría de la argumentación alcanza una importancia fundamental. Al menos en una parte importante de la doctrina, como en el caso de Zagrebelsky, Alexy y otros, la situación se ve modificada por la presencia de los principios. Estos no dependen solamente de supuestos de hecho, sino que son mandatos generales que guían la acción humana en todas sus circunstancias y ocasiones. El mandato de actuar con justicia o cumplir las promesas no se aplica a ciertos casos, sino son normas que se deben tratar de cumplir en la medida de lo posible.

Desde luego, en el derecho dúctil, los métodos de razonamiento no pueden ser rígidos. En la concepción de nuestro autor, los principios pueden flexibilizarse, de manera conjunta, para poder adecuarse a los requerimientos, es decir, a las preguntas que plantea el caso concreto. Desde luego, se respeta la lógica, pero esta es insuficiente para entender los genuinos fines que debe alcanzar el razonamiento jurídico en el pensamiento de Zagrebelsky.

Esta posición encaja con la visión de la argumentación, en donde los derechos, los valores, las circunstancias concretas, operan como razones para alcanzar una conclusión en un caso concreto. En efecto, frente a los valores y principios se encuentran los hechos, los cuales, sin embargo, también deben ser ponderados. Los hechos, en efecto, también deben ser ordenados bajo criterios en los que existe una

valoración previa. El asesinato, por ejemplo, puede ser un hecho, pero también es un acto reprochable.



En consecuencia, la argumentación moral no debe ser diferenciada demasiado de la constitucional. Incluso, en este renglón teórico, Zagrebelsky se aproxima, aunque de manera solo parcial, al constitucionalista alemán Robert Alexy quien ha desarrollado el famoso planteamiento del "caso especial", el cual sostiene que el razonamiento jurídico es, en realidad, una modalidad especial del razonamiento práctico. Como lo dice Alexy (1999):

La tesis del caso especial establece que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Se basa en tres razones. La primera radica en que la discusión jurídica, al igual que la argumentación práctica general, se refiere, en definitiva, a lo que es obligatorio, prohibido o permitido, es decir, a cuestiones prácticas. La segunda razón consiste en que en el discurso jurídico surge, al igual que en el discurso práctico general, una pretensión de corrección. Ambos tipos de argumentaciones son, por tanto, discursos. La tercera razón establece que la argumentación jurídica es un supuesto de caso especial, porque la pretensión de corrección del discurso jurídico La tesis del caso especial es distinta a la del discurso práctico general. No se refiere a lo que es absolutamente correcto, sino a lo que es correcto en el esquema y con las bases de un orden jurídico válidamente imperante. Lo que es correcto en un sistema jurídico depende esencialmente de lo que es fijado autoritativa o institucionalmente y de lo que encaja con ello. No debe contradecir lo autoritativo y debe ser coherente con el conjunto. Para expresarlo brevemente podría

decirse que la argumentación jurídica ha de estar vinculada a las leyes ya los precedentes y tiene que observar el sistema de Derecho elaborado por la dogmática jurídica. (pp. 24-25)¹⁰

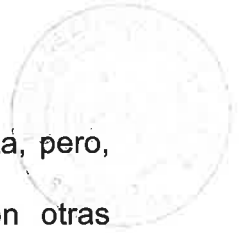
Sin embargo, en esta ocasión cabe destacar que también Zagrebelsky deja un espacio más libre para la flexibilidad de las normas, lo cual haría que su pensamiento no fuera tan restrictivo como el de Alexy. Lo que nuestro autor busca intentar es un razonamiento más adecuado a las circunstancias del caso concreto, confiando quizás en el mismo rol que juegan los valores y principios en las decisiones constitucionales. En este sentido, el jurista chileno Bassa (2011) apunta:

(...) el método de interpretación es solo una herramienta argumentativa destinada a justificar la regla normativa aplicada al caso. Es decir, dadas las cambiantes exigencias de cada caso, es posible extraer del ordenamiento diversas respuestas posibles, que requerirán que el intérprete justifi que razonablemente su elección. (p. 25)

El modelo de razonamiento jurídico asumido por Zagrebelsky (2013) supone una comprensión de los principios. Estos no están sujetos a supuestos de hecho, sino que solo “pueden ser precisados en relación con los casos concretos” (p. 30). Como lo dice a continuación:

Solo en concreto y bajo la fuerza de lo concreto, los principios asumen un aspecto práctico. Las jurisprudencias constitucionales resultan así

¹⁰ Debe mencionarse que la tesis del caso especial ha sido criticada por filósofos tan influyentes como Jürgen Habermas.



caracterizadas en un sentido casuístico. Ello, ciertamente, las relativiza, pero, por otra parte, les permite una articulada y fecunda relación con otras jurisprudencias que afrontan casos análogos.

A menudo se ve con desconfianza el razonamiento casuístico, sin embargo, existen momentos en los cuales las condiciones del caso son sumamente importantes.

3.9. Conclusión del capítulo

En este capítulo se ha llevado a cabo una evaluación del pensamiento Zagrebelsky, especialmente frente a las circunstancias actuales que se enfrentan a nivel mundial y a las críticas que le han planteado otros autores. Los cambios en el derecho, a menudo, suponen tomar opciones teóricas cuyo afinamiento llevará un tiempo en realizarse. El derecho se desarrolla de manera continua y es de esperar que el constitucionalismo siga experimentados cambios profundos en las siguientes décadas, siempre en el intento de alcanzar soluciones para problemas que vayan surgiendo en el futuro y que quizás no se pueden anticipar ahora.

Se ha reconocido la validez de estas críticas, pero también estas se han confrontado con la imposibilidad de enfrentar los problemas que tiene que considerar el constitucionalismo contemporáneo. De hecho, Zagrebelsky está consciente de algunos de los problemas que plantea su posición, como es el caso de la falta de certeza y seguridad jurídica en el sentido antiguo, pero en su opinión son inconveniencias que o pueden ser arregladas regresando a una forma positivista de concebir los sistemas de derecho. Desde luego, existen aspectos que se deben debatir, pero las soluciones



vendrán de la forma en que los diversos enfoques doctrinales enfocan el derecho y los retos que se van haciendo evidentes.

En el próximo capítulo, el final de esta disertación sobre el derecho dúctil, se examinan los caminos futuros de esta corriente de pensamiento que responde a muchas de las interrogantes del derecho contemporáneo. Se regresa a la crisis descrita en el capítulo inicial y se trata de valorar el pensamiento de este autor, a la luz de los desafíos que presenta el presente y el futuro inmediato.

Se procede siempre siguiendo las observaciones de Zagrebelsky, especialmente en sus últimas obras y desarrollando algunas de sus ideas, las cuales han encontrado eco en otros autores y que también encuentran afinidad con otros juristas que reflexionan sobre la materia del constitucionalismo en la actualidad. En este sentido, muchos constitucionalistas actuales unifican su trabajo alrededor de la crisis del constitucionalismo que se ha experimentado a nivel global, especialmente con el vaciamiento de los órdenes constitucionales y el fortalecimiento de gobiernos autoritarios, lo cual ha llevado a crisis que han afectado a países como los mismos Estados Unidos, el cual se había constituido como modelo mundial de lo que era la democracia constitucional en clave liberal.

Esto muestra que sí es posible esperar más desarrollos de la fértil teoría de este constitucionalista, que ha destacado no solo como teórico, sino también, como practicante concreto de la jurisprudencia constitucional en un país tan influyente en este campo como lo es Italia, el cual, junto con Alemania, experimentaron durante el



siglo XX la necesidad de abandonar las peligrosas fuerzas del fascismo que los llevaron a la Segunda Guerra Mundial.

En el siguiente capítulo se hace un análisis del constitucionalismo del futuro y se tratan de identificar las contribuciones del pensamiento de nuestro autor a esta gran tarea. Afortunadamente, el pensamiento de Zagrebelsky presenta nuevos desarrollos, lo cual muestra la riqueza del modelo del derecho dúctil. Es precisamente en esta lucha y examen mutua de posiciones en donde suele encontrarse los caminos para desarrollar nuevas ideas para resolver a los desafíos que se multiplican a un paso bastante acelerado.



CAPÍTULO IV



4. Las respuestas de Zagrebelsky a la crisis actual del constitucionalismo

En este trabajo se sostiene que la pluralidad de visiones del mundo no impide al derecho dúctil encontrar soluciones para los problemas que se le presentan al derecho constitucional contemporáneo. Por el contrario, la ductilidad del derecho se acomoda a los cambios que se van dando en la realidad y la doctrina. El derecho dúctil no es indiferente a las mutaciones que se dan en un cuerpo normativo viviente, como lo es la Constitución y a las imperativas demandas de la justicia en una situación concreta. Ductilidad, de nuevo, no equivale a arbitrariedad, porque se comparte un sentido de justicia que siempre tiene un fundamento, aunque sea flexible y adecuado al contexto concreto

Quiere decir, entonces, que las soluciones brindadas por el derecho dúctil se encuentran en la racionalidad del caso concreto que se ofrece, especialmente, al que debe juzgar en las sedes jurisdiccionales que las sociedades han determinado para el efecto. Pero, aun así, las sociedades pueden participar en las situaciones concretas, puesto que también sus actitudes sociales son importantes para la vigencia del ordenamiento constitucional.

De esta manera, una de las estrategias para evaluar el pensamiento de Zagrebelsky es determinar las diferentes respuestas que brinda a diferentes cuestiones relativas a la práctica real del derecho constitucional. En particular, una de las grandes cuestiones que plantea el modelo de Zagrebelsky es la forma en que tendría que operar el control de constitucionalidad. Como se vio con anterioridad, Guastini habla de un derecho

incierto, sin embargo, lo hace desde una visión que no cede ante el positivismo, aunque para ser fieles al estado de la cuestión, como se ha visto, este ha cambiado con el paso del tiempo.

En este capítulo se analizan varias de estas cuestiones cruciales. En la primera parte, se analiza el control de constitucionalidad en el pensamiento de Zagrebelsky. En la segunda, se estudia brevemente el problema de la crisis sociológica de los valores constitucionales. La tercera sección se dedica a los problemas de la interpretación constitucional. Por su parte el cuarto apartado aborda el cada vez más difundido ideal del constitucionalismo global. La quinta parte trata el importante tema de la soberanía en Zagrebelsky.

4.1. El control de constitucionalidad en Zagrebelsky

Uno de los aspectos de la obra de Zagrebelsky que da fortaleza a su pensamiento es su experiencia como miembro de la judicatura constitucional italiana. Sin duda, esto le ha permitido conocer de primera mano las acuciantes preguntas y dilemas que se le presentan al juez constitucional en su labor diaria. Esta experiencia es valiosa, desde un punto de vista teórico, pues muestra que nuestro autor tiene experiencia inmediata de los temas que trata en su producción teórica.

Este autor ha buscado la justicia material, concreta y de moral aplicada al caso, en contra especialmente de los poderes antidemocráticos, casi siempre dominantes, de la ley. Como se ha visto, un tema recurrente en la obra de este autor es su plena conciencia de los límites de la ley, la cual se somete en Zagrebelsky a una justicia material, que, por lo general, adopta la perspectiva de los sectores que viven

condiciones precarias de vida. Zagrebelsky piensa que es necesario que la justicia constitucional se libere de las riendas de los derechos individuales.

En este sentido, Zagrebelsky (2016) escribe:

Así los principios de justicia vienen a constituirse en oposición a la fuerza disgregadora de los derechos individuales. El énfasis en los derechos individuales es la respuesta constitucional al exceso de estructuración social; el énfasis en la justicia lo es al desencadenamiento de las energías individuales que conducen a la imposición de los (derechos de los) más fuertes sobre (los derechos de los) más débiles, tal y como afirma la paradoja de la libertad, es decir, la tendencia de la máxima libertad a convertirse en máxima opresión. (p. 74)

Sin embargo, Zagrebelsky acude a las dimensiones morales de las decisiones jurisdiccionales. Debe recordarse que nuestro autor es un completo filósofo de la moralidad y, en consecuencia, sus reflexiones van incluso más allá de lo jurídico, sin que esta área deje de ser central. Esto lo ha llevado a enriquecedores diálogos incluso con celebradas autoridades doctrinales en la Iglesia Católica, como sucedió con el fallecido cardenal Carlo María Martini, quien sostuvo profundas discusiones sobre temas morales con Zagrebelsky.

Zagrebelsky apela de manera constante a la conciencia moral, pero también está consciente de los peligros de tal llamamiento. El juez, especialmente en sede constitucional, debe estar consciente de las limitaciones de su propio punto de vista respecto a la moralidad y debe tratar de entender las limitaciones de su propio punto de

vista frente a los otros. De esta manera, se puede evitar la arbitrariedad de imponer la visión moral del juez.

En tercer lugar, destaca una serie de aspectos respecto a la forma en que este autor concibe el ejercicio y función de la Corte de Constitucionalidad y el correspondiente control de constitucionalidad. Esta, como se sabe, está obligada a aplicar la justicia constitucional, la cual no se puede comprender cómo justicia de las reglas, en este caso las leyes generadas en sede legislativa. En opinión de Zagrebelsky, como se ha visto, la evaluación de los principios es una cuestión de política constitucional en su más estricto sentido. Esta opinión parece ser propia de la experiencia italiana de dicho alto organismo.

Como lo dice Carbonell (2008) acerca de las ideas de Zagrebelsky al respecto:

(...) apunta nuestro autor la aparente paradoja de que la función de la Corte es política, pero no pertenece a la política; tiene mucho que ver con la democracia, pero no deriva de ella. Esto en parte es así debido a que la Corte tiene por misión fundamental aplicar la Constitución, que es una norma que contiene todo aquello que no está sujeto a votación alguna. O mejor dicho, la Constitución contiene todo sobre lo que ya no se vota, porque “ha sido votado de una vez por todas en su origen”. La Constitución se sitúa (debe situarse) por encima de la batalla política cotidiana. No puede ser convertida en rehén de ningún partido político y de ningún programa de gobierno. La Constitución configura y supone un patrimonio cultural que debe ser compartido por todos. (p. 562)



Se puede decir, por lo tanto, que la experiencia italiana recupera la política en el buen sentido. En este sentido, cuando se habla de la politicidad de las cortes constitucionales, debe aclararse que no se trata del sentido negativo de la política en el habla popular. En ese caso, al menos en opinión nuestra, se trata de la política en su sentido constructivo, es decir, como una disciplina que trata de alcanzar la buena vida para la colectividad en una sociedad determinada.

Como lo dice este autor en un libro escrito con Marceno (2018):

(...) la justicia constitucional es una rama especial de la función jurisdiccional del ordenamiento del Estado, junto a la justicia civil, penal y administrativa. Esta está referida a controversias de tres tipos, pudiendo versar sobre actos jurídicos, relaciones de derecho constitucional y comportamientos portadores de amenazas para la constitución. Leyes, conflictos y delitos: tres capítulos todos importantes. Pero de todos el más importante, incluso desde el punto de vista histórico, ciertamente es la garantía contra las leyes inconstitucionales, vale decir, contra las prepotencias de las mayorías legislativas. (p. 33)

Ahora bien, los nuevos problemas que se plantean al constitucionalismo del presente difieren notablemente de los que surgieron en la primera época del constitucionalismo liberal, el cual presidió el pensamiento de la creación de los Estados Unidos y la Revolución francesa. En ese momento, se buscaba ponerle límites al absolutismo del poder real. En particular, es necesario ahora enfrentar con determinación, los problemas que representan los poderes privados, aun cuando no se debe descuidar el

área de libertades que protegen al ciudadano de las arbitrariedades del Estado, especialmente en un tiempo que, como el actual, ha visto el retorno del autoritarismo.

En este tipo de liberalismo inicial predomina la necesidad de liberarse de los Estados monárquicos: en un caso de Inglaterra y en el otro del Antiguo Régimen francés. Este se hace en función de ciertos derechos como el de la propiedad, la vida y la libertad. Es claro, entonces, que se buscaba atajar las fuerzas absolutas que impedía la iniciativa del naciente capitalismo.

Sin embargo, se han desarrollado nuevos problemas que no se pudieron prever en su momento. Después del Estado absoluto, se impusieron las fuerzas del sistema capitalista, las cuales han alcanzado un nivel de desarrollo que, finalmente, ha traído una serie de problemas que no cabían en la imaginación de los primeros liberales. Este sistema ha impuesto sus perspectivas y ahora el problema parece ser el de establecer límites a esos poderes, que ahora han ganado mayor poder con el desarrollo de la globalización. Es necesario, por lo tanto, presentar soluciones a estos problemas, desafíos que ha sido reconocido con la claridad necesaria por el pensador analizado en estas páginas.

Para detener estos poderes, es necesario desarrollar perspectivas normativas que se opongan a los principios de este sistema que ahora muestra su fracaso en una serie de crisis, como la que presenta el debilitamiento del Estado, la creciente desigualdad social y económica, la problemática ambiental, el desarrollo de la tecnología que controla de manera peligrosa la privacidad de los ciudadanos y el peligro que se cierne sobre la disponibilidad de los bienes comunes de la humanidad.

Para todos estos problemas, el pensamiento de Zagrebelsky ofrece planteamientos que no deben ser desdeñados, puesto que este jurista replantea las raíces morales del constitucionalismo, lo cual apunta hacia algunos de las carencias de la época contemporánea.

Los criterios de corrección, por lo tanto, solo son accesibles a la conciencia axiológica. Desde luego, conseguir este objetivo no es simple, pero también se debe confiar en el sentido de justicia que muchas veces menciona Zagrebelsky. Tal vez podamos tener posiciones diferentes en relación a muchos asuntos, pero no deja de ser cierto que también se puede tener ciertos acuerdos mínimos con respecto a los excesos de la injusticia.

Los jueces, en consecuencia, deben atreverse a plantear sus opiniones más fundamentadas en la moral, quizás esto no sea un objetivo fácil, pero es preferible a condonar ciertas injusticias que se han vuelto comunes en el mundo de hoy. Si eso no fuese así, no se verían tantas protestas por hacer que la situación cambie para aminorar el sufrimiento de ciertos sectores sociales, en especial, los que se ven más afectados por la injusticia.

4.2. La crisis sociológica de los valores

Desde el principio de esta disertación, se ha probado que en la actualidad existe una crisis del derecho constitucional. Se ha mencionado el factor sociológico: la sociedad no acepta la Constitución, porque se difunden actitudes autoritarias a través del cuerpo social. En países como Guatemala, por ejemplo, muchas personas piensan que los derechos humanos solo sirven para proteger delincuentes y, a pesar de los notorios



fracasos, siguen exigiendo mano dura en la gestión de la ley penal. Sin embargo, esta es una idea equivocada. La Constitución, como lo dice nuestro autor, significa “conservar lo esencial de la vida común contra las amenazas representadas por los intereses variables de los poderes de turno” (Zagrebelsky y Marcenó, 2018, p. 22).

En este sentido, Zagrebelsky es consciente del sentido del constitucionalismo, el cual no solo radica en la organización de la sociedad, sino también en la sujeción al derecho de los poderes actuales, los cuales ya no son los mismos que los de otras épocas del constitucionalismo. En este sentido, debe apuntarse que las fuentes del poder han cambiado de manera notable desde que ha empezado la reflexión humana sobre la política.

No se trata como en el siglo XVIII de la lucha contra un Estado absoluto, aunque desde luego, siempre es necesario mantener una lucha contra los poderes que se encuentran detrás del poder del Estado, el cual siempre se muestra manipulable a los factores reales de poder. En este sentido, desde hace tiempo se ha identificado la necesidad de controlar los poderes privados, especialmente los empresarios y corporativos, los cuales han debilitado y manipulado a los Estados. Este fenómeno es conocido por los juristas italianos. Como lo dice Zagrebelsky (s. f.):

Pasando a la oligarquía como concentración del poder, preguntémonos qué es objeto del poder. Cuál es la materia de la política oligárquica de nuestro tiempo. En mi opinión, la materia de la política oligárquica está constituida por el dinero y el poder, y en su vinculación recíproca: el dinero alimenta el poder y el poder alimenta el dinero. El uno es instrumento de conquista, de garantía y de

acrecentamiento del otro. Quisiera llamar la atención sobre este punto, que en mi opinión es el signo más característico de la época en que vivimos. (s. p.)

Como se sabe, gran parte de los problemas viene del poder corporativo a nivel mundial. Las grandes empresas transnacionales, los poderosos bancos que controlan la economía, han desplegado un poder global que parece difícil de contener. Sin embargo, la reflexión sobre los derechos humanos sigue concentrada en el Estado, dejando de lado fuentes enormes de poder que tienen la capacidad de alterar los esfuerzos políticos de las sociedades actuales. Como lo dice Rodríguez Garavito (s. f.):

Uno de los principales retos que deben enfrentar los derechos humanos y la gobernanza en nuestros días es la regulación de las empresas en la economía global. El desafío es cerrar la brecha entre los procesos económicos transnacionales, por un lado, y la regulación de los deberes y las responsabilidades de las empresas y los Estados, por el otro, para proteger, respetar e implementar los derechos humanos en el contexto de la actividad empresarial y asegurar la responsabilidad de los autores en caso de violaciones. (p. 29)

Es necesario, entonces, poner en entredicho la *lex mercatoria* que se ha desarrollado a nivel mundial. Esta ha jugado un papel importante en la desconstitucionalización de los órdenes jurídicos contemporáneos puesto que ha sometido al Estado a una lógica de debilitamiento. Esto ha creado una crisis social de amplias repercusiones, de la cual dan ejemplo los grandes fenómenos de descontento político de la actualidad. La *lex*



mercatoria, las consideraciones económicas, por lo general, no son sensibles a los valores morales, especialmente en una época mercantilizada como la actual.

El esfuerzo debe ser tan fuerte porque a veces parece como que el Estado actual se ha convertido en una realidad puramente represiva, precisamente porque los poderes judiciales pueden ser controlados por enormes factores de poder. Sin embargo, siguen existiendo los poderes que controlan a las sociedades. Si se sigue a un estudioso del poder como el constitucionalista mexicano Valadés (2011) se puede hablar del “Estado intangible”. Como lo dice este destacado autor:

Las últimas décadas del siglo XX correspondieron a un paulatino desmantelamiento del tamaño del Estado. Este fue un fenómeno generalizado en el mundo. La tesis del Estado pequeño no es nueva, pero su implantación y efectos sí lo son. De manera paralela a ese “empequeñecimiento” del Estado, corre su correlato: el fortalecimiento del Estado intangible, entendido como los entes de derecho privado que ejercen funciones de naturaleza pública. Además, el poder de las personas físicas y de las corporaciones se deja sentir en cuanto a las relaciones con los particulares que se encuentran en situación de desventaja. El Estado representó una amenaza real para la libertad y la autonomía de las personas; pero hoy los individuos se encuentran expuestos a un fuego doble: el del Estado y el de otros particulares. El poder de éstos se ha dilatado casi en la proporción en que las potestades públicas han disminuido. (pp. 439-440)



Es ese el gran problema de la actualidad. Esto ha sonado la voz de alarma entre muchos teóricos del derecho. Este fenómeno ha sido consecuencia de la difusión del libre mercado, cuyos valores desplazaron a los derechos humanos como fuente de las políticas públicas. El mundo, sin embargo, ya no puede persistir en un camino que, sin duda, necesita de nuevos planteamientos para poder recuperar la democracia constitucional. Precisamente, las ideas de Zagrebelsky constituyen un antídoto contra este tipo de realidad que ha llevado a muchas sociedades a grandes crisis económicas.

4.3. Problemas de la interpretación constitucional

Como se ha podido ver, el pensamiento de Zagrebelsky encuentra una importancia fundamental dentro de la escena constitucional moderna, precisamente por su doctrina del derecho dúctil, la cual, como su nombre indica, valora un acomodamiento equitativo de los valores en una decisión que no impone ningún rígido punto de vista.

En esta dirección, con Zagrebelsky se notan las consecuencias de adoptar un sistema valorativo en todas sus implicaciones, especialmente en un contexto de respeto de la pluralidad de las formas de vida. Esta importancia ha sido compartida por otros destacados constitucionalistas, quienes también han dado un impulso considerable a nuestra comprensión de la forma en que funcionan, o deberían funcionar, nuestras democracias constitucionales.

Solo es de lamentar que el trabajo de estos juristas no se haya seguido como sería debido, especialmente para evitar la crisis del constitucionalismo que se describía en las primeras páginas de este trabajo de investigación. Sin embargo, estos constitucionalistas siguen siendo referentes doctrinales para mejorar y profundizar un

modelo cuyas intuiciones fundamentales deben conceptuarse como auténticas conquistas de la humanidad.

En el derecho constitucional moderno, ha tomado un rol importante la noción de la ponderación. Esta ha ganado protagonismo gracias a las contribuciones del jurista alemán Robert Alexy, quien, a su vez, ha reflexionado sobre la actividad del tribunal constitucional alemán, entidad que ha ejercido una influencia considerable en el escenario constitucional global. Como se sabe, este planteamiento tiene varios pasos bien definidos, en los cuales se considera la necesidad, idoneidad y la proporcionalidad propiamente dicha de los principios que se ponderan. Esta proporcionalidad ayuda a tratar de manera racional el gran problema de la tensión en la que suelen encontrarse los principios constitucionales.

Sin embargo, existe una moralización más profunda en el pensamiento de Zagrebelsky que en el de Alexy. En el primero se postula un enfrentamiento directo del juez con la situación, hay una apelación a la sensibilidad moral ante el sufrimiento humano, mientras que en el segundo se habla de un proceso formal que, por su racionalidad, ha sido seguido en muchas partes del mundo. El método de la ponderación ofrece criterios formales que, sin embargo, nunca entrarían en contradicción con la forma en que razonaría un juez guiado por las ideas de Zagrebelsky. Los jueces constitucionales, pueden encontrar en las reflexiones de estos autores, múltiples recursos para realizar su labor de una manera competente.

No se puede negar que existe un aspecto negativo referente a la seguridad jurídica. Sin embargo, tampoco existe un propósito específico de eludir este importante valor. Sin

duda, la motivación de la sentencia dará una justificación para las decisiones tomadas. En consecuencia, siempre habrá un lugar para recurrir sentencias que tienen un aspecto negativo, al menos para una de las partes contendientes.

4.4. El constitucionalismo global

Durante todo este trabajo, se ha hecho mención de la crisis del constitucionalismo actual. Esta se marca por una pluralidad de fuentes del derecho, así como una dificultad intrínseca en poder integrarlas en un todo sistemático, que brinde una respuesta única a todas las preguntas que plantea el derecho para resolver problemas sociales, a los que subyacen profundas diferencias interpretativas. Sin embargo, entre estas fuentes reales de poder sobresalen los intereses económicos de grandes agentes privados que dominan el orden jurídico actual. Este cambio estructural, a nivel global, debe ser plenamente valorado para comprender la importancia del pensamiento de Zagrebelsky y otros constitucionalistas, que poder ser considerados como avanzados en su campo de investigación.

Sin embargo, debe reconocerse que este dominio de los poderes económicos no ha impedido el avance del ideal de los derechos humanos. Así, por ejemplo, el diálogo entre diversas instituciones que defienden este ideal, como es el caso del intercambio entre las cortes regionales, han hecho posible encontrar las bases de un ordenamiento internacional que responda a los problemas que plantea el futuro de corto y mediano plazo.

Esto realza la existencia progresiva de un derecho que ya ha superado las barreras nacionales, así como las cuestiones de soberanía que impiden una situación más

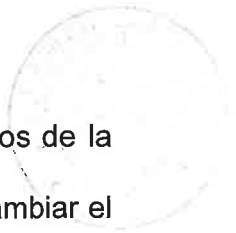
adecuada a nivel global. Esto no significa que tales cambios sean inmediatos, puesto que el derecho necesita un tiempo considerable para poder cambiar sus reglas y procedimientos a todos los niveles.

Por esta razón, es necesario plantearse nuevas formas de imponer este orden justo que es bloqueado por una defectuosa organización jurídica en los ámbitos nacionales e internacionales, la cual ha afectado la justicia internacional, en la cual subsisten estructuras de poder. En todo caso, cada vez se toma mayor conciencia de ellos problemas que plantea aspectos como la inequitativa distribución de la riqueza nacional e internacional.

Es imprescindible, por lo tanto, luchar por una versión del constitucionalismo que sea capaz de funcionar, siempre de acuerdo a las posibilidades históricas, a nivel mundial atacando problemas no solo económicos, sino también ambientales. Esta ha sido una idea que, en diferentes formulaciones, ha estado presente por varios siglos en los pensamientos de distinguidos pensadores. Kant, por ejemplo, sostuvo el proyecto cosmopolita de una liga mundial de naciones, al igual que lo ha hecho Habermas en las últimas décadas.¹¹ Esta idea se ha cumplido, parcialmente, en la creación de la Unión Europea, la cual ha subsistido a pesar de la reciente salida de Inglaterra de dicha alianza multinacional.

No se pueden negar las dificultades de este proyecto. Sería muy difícil tener un gobierno mundial que pudiera mediar entre las diversas regiones; sería imposible

¹¹ Kant se adelantó a la época contemporánea, puesto que pensaba que para evitar las guerras era necesario un gobierno de tipo cosmopolita. Esta idea ha sido revivida en la actualidad debido a la conciencia de los problemas globales. Kant pensaba que esa idea era necesario para evitar el patriotismo que suele llevar a las guerras.



encontrar acuerdos que crearan un consenso general entre todos los miembros de la sociedad mundial. Sin embargo, nadie puede decir con seguridad como va a cambiar el orden mundial para responder a los problemas comunes. De hecho, como se ha hecho ver, el diálogo jurídico internacional cada vez muestra más su importancia y los avances se harán de forma progresiva.

Además, del hecho de que sea difícil concebir tales arreglos, no se puede negar que sean posibles con el paso del tiempo. A largo plazo, podrían darse los cambios necesarios. La humanidad puede desarrollar nuevas formas de vida. Hace algunos siglos, era imposible imaginar siquiera que el ser humano pudiera desplazarse por el aire en enormes aparatos, pero esto se ha convertido actualmente en una experiencia común. En consecuencia, se puede suponer que de manera lenta se irán a conseguir mejores formas institucionales para poder organizar respuestas globales a los problemas de la humanidad.

La presente crisis de la COVID-19 muestra la importancia de estas tendencias globales. La crisis comenzó en China y a las pocas semanas ya se había extendido por todo el mundo. Puede, entonces, plantearse la posibilidad de que otros virus surjan en otros lados. Sin embargo, lo que esta enfermedad muestra es que es necesario buscar respuestas internacionales a problemas que afectan a todo el mundo, puesto que una crisis de salud pandémica puede ser tan grave, e incluso mucho más, en el futuro no muy lejano.

La organización jurídica del mundo es una realidad que ya no se puede negar. Las cortes regionales, las cuales han sabido defender un concepto más amplio de justicia

que ya no se limita al Estado nacional, el cual no puede subsistir con independencia. En América Latina, por ejemplo, se ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha creado jurisprudencia que, a través del control de convencionalidad, se ha vuelto obligatoria en muchos países de América Latina, países que en algún momento se involucraron en actividades delictivas contra sus propias sociedades.

De este modo, esta corte ha servido para paliar el problema de la impunidad en esta región, en cuyos países existen grupos poderosos que, a través de estructuras sociales cuestionables, pueden negar la justicia a los sectores que han sido tradicionalmente oprimidos.

4.5. Zagrebelsky y la soberanía

Uno de los obstáculos para encontrar un enfoque plurinacional o mundial, factible al nivel constitucional, ha sido la noción de soberanía. Esta noción fue articulada por el pensador francés Jean Bodin (1530-1596) a principios de la Edad Moderna. Esta idea fue fundamental para crear las naciones-estado que se han constituido a lo largo de la modernidad, cuando diferentes territorios fueron creando, de manera paulatina y a veces de forma violenta, las diversas naciones europeas, basándose en cierto nivel de homogeneidad de las sociedades correspondientes. Este proceso, como se sabe, tomó siglos.

En el capítulo primero se ha mencionado que Zagrebelsky no cree en la soberanía y, como otros, cual es el caso de Ferrajoli, lo considera un valor regresivo dentro del derecho contemporáneo. En su opinión, en la idea de soberanía se encuentra “el

principio de exclusión y beligerancia frente a lo ajeno” (Zagrebelsky, 2016, p. 10). Al interior, la soberanía hace que se eliminen las diferentes voces, y al exterior, promueve fenómenos como el imperialismo (Zagrebelsky, 2016).

Los rasgos cuasi absolutos del antiguo monarca se trasladan hacia el nuevo Estado que, tal vez surge de la voluntad popular, pero termina dominando a cada miembro de la respectiva sociedad civil. Este punto doctrinal muestra la renuencia de Zagrebelsky a aceptar estructuras institucionalizadas de poder. En ese orden de ideas, puede verse cómo el reclamo de soberanía puede ser positivo, en el sentido de la autodeterminación, pero también puede ser negativo cuando se opone a permitir la democracia y el respeto a los derechos humanos universales. En esta dirección, en ciertos momentos de la historia se ha alegado la soberanía cuando los gobiernos quieren evitar el monitoreo de su actividad por parte de instancias internacionales de verificación del cumplimiento de los derechos humanos.

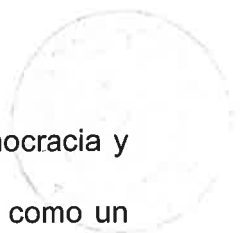
En cierto modo, el alcance de los derechos humanos cuestiona, al menos hasta cierto punto, el valor de las fronteras nacionales y, en consecuencia, el valor de la soberanía, la cual fue importante para la constitución histórica del orden del Estado nación. Este autor está en contra de su carácter de fuerza, y en eso parece estar en la misma posición de Ferrajoli, para quien la categoría de ciudadano es una de carácter también regresivo, puesto que de hecho sanciona la desigualdad entre los seres humanos, los cuales viven con diferentes perspectivas en naciones tan alejadas como Noruega o Nigeria. Se ha visto cómo los migrantes son tratados en muchos lugares de una manera casi subhumana.



Este punto es importante puesto que en la actualidad se ha visto un resurgimiento del nacionalismo a nivel mundial. Desde luego, esto hace que se creen mayores tensiones entre los diferentes países, especialmente aquellos que tienen mayor poder económico y militar. En ese sentido, el concepto de soberanía suele usar precisamente por aquellos que suelen justificar un exceso de poder, tanto en lo interno como en lo externo.

En consecuencia, debe notarse que Zagrebelsky es un pensador bastante crítico de la modernidad. Para valorar su pensamiento se debe tratar de cuestionar algunos grandes conceptos, como el de soberanía y el de Estado de derecho, el cual valora más las leyes que los principios. Puede verse, por lo tanto, que ese pensador se sitúa en una posición de avanzada en el constitucionalismo actual. Desde luego, se pueden esgrimir argumentos en sentido contrario. Se le prestará atención a algunas de estos contraargumentos en el capítulo siguiente.

Uno de los problemas del constitucionalismo actual es el hecho de que los nuevos derechos plantean una visión que trasciende el Estado nacional. Este ha sido un efecto del proceso de globalización incontenible que ha marcado las últimas décadas. Un enfoque constitucional no puede ser completo, si ignora los problemas que plantea asegurar las condiciones de vida de la humanidad como un todo. Desde crímenes internacionales hasta la seguridad del ambiente, surgen problemas que no admiten una solución que se confíe a los antiguos límites de la soberanía nacional. Zagrebelsky aborda este tema con los métodos que ofrece su teoría constitucional centrada en una moral inclusiva.



Desde luego, esto no significa ignorar algunas cuestiones relativas a la democracia y sus dimensiones locales. Sin embargo, Zagrebelsky no cree en la soberanía como un reducto que no se puede cuestionar. El prefiere hablar de la soberanía de la Constitución, un concepto que, como es de suponer, es difícil de aceptar para posiciones conservadoras.

Una de las grandes cuestiones del derecho contemporáneo es la posibilidad de un constitucionalismo universal, capaz de trascender las jurisdicciones nacionales. Algunos han criticado esta idea, como asumiendo una especie de imperialismo moral, cercano al iusnaturalismo. Se ha quejado del constitucionalismo con limitadas ambiciones nacionalistas, como el que alguna vez ha aflorado en el mundo norteamericano, el cual apenas refleja su atención a otras tradiciones constitucionales, en donde existen elementos que muestra una validez que puede ser aprovechada en otros ámbitos constitucionales.

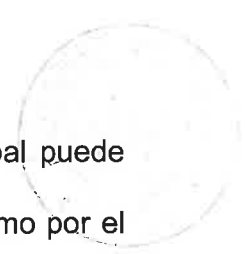
Como lo dice este autor: “Más bien, ‘constitucionalismo’ es quizás la palabra que sintetiza de manera más comprensiva, aunque como orientación general, muchos o quizás todos los ideales político-constitucionales del presente y del futuro, en una dimensión espacial y temporal cada vez más amplia” (Zagrebelsky, 2013, p. 20). Esto es de esperar, debido ante todo a la creciente interconexión que existe en la actualidad. Ya no se puede vivir confinados dentro de los límites que encontraba el derecho del siglo XIX, en donde el Estado nacional constituía el ámbito de acción de la normatividad jurídica.

Como lo dice ese autor (2013):



Ahora, el Derecho constitucional es quizás, entre todos los “Derechos internos”, el más abierto a la supranacionalidad, al menos en lo que respecta al capítulo de los derechos. Las constituciones nacionales constituyen piezas de un mosaico que forma un cuadro de carácter universalista, que lo nutren y del que se alimentan. Un constitucionalismo nacional, limitado por los confines de las soberanías de los Estados soberanos, ya no tendría sentido de manera que los estudios se orientan cada vez más en sentido supranacional. Las razones del – por así decirlo– “Estado constitucional cerrado”, ya se han superado. Ciertamente, algo similar, aunque no idéntico, ya ocurría desde el inicio. El constitucionalismo, ya desde los orígenes, ha sido un movimiento principalmente no político sino ideal que proclamaba ideales universales, que iban realizándose en las políticas nacionales. (p. 27)

Como se puede ver, el autor está consciente de los graves peligros que presenta el orden internacional de la globalización, pero muestra su esperanza en el régimen internacional que se está constituyendo en la esfera del diálogo entre juristas, entre otros caminos, para la promoción de la justicia. Esto lo pone a la par de otros constitucionalistas que ven esperanzas en el derecho constitucional para enfrentar los grandes cuestionamientos y desafíos que se presenta a la sociedad mundial en el futuro inmediato. En esta dirección, la discusión actual del constitucionalismo cada vez se vuelve más abierta hacia los problemas de la desigualdad, la crisis ambiental y la escasez de bienes fundamentales como es el caso del agua, la tierra, los bosques y la diversidad animal.



Para terminar la sección, es importante notar que el constitucionalismo global puede ser facilitado por el diálogo de las cortes nacionales e internacionales, así como por el desarrollo del derecho comparado, especialmente en el orden internacional. Es un proceso que irá construyéndose de manera progresiva, con etapas intermedias, hasta que logre su maduración. En esta dirección, también deben mencionarse el hecho de que muchos de los problemas que enfrentan las sociedades son de orden global. Ya no son problemas que incumban solo a una comunidad nacional.

Es evidente, entonces, que es necesario tener una perspectiva en organizaciones multilaterales que se ocupan de problemas como el cambio climático o la escasez de bienes naturales, ambos aspectos de una justicia intergeneracional sólida.

4.6. Conclusión del capítulo

En este capítulo se ha examinado el problema de las respuestas que Zagrebelsky brinda, a algunas de las grandes interrogantes del derecho constitucional contemporáneo. Esta tarea es interesante puesto que plantea la capacidad del constitucionalismo moral, para responder a los grandes problemas que plantea la dirección de las sociedades contemporáneas. Para el efecto, se han tratado varios temas conexos que muestran la posibilidad de realizar este tipo de vinculación dentro de un enfoque que, como el de nuestro autor, se distingue por su marcado retorno a la moral en su sentido crítico.

Se ha visto que el derecho de orden dúctil permite responder a preguntas, bajo la presión de las circunstancias cada vez más problemáticas que enfrentan las sociedades contemporáneas. El aspecto fundamental es que hace referencia a



principios y no a reglas. Esta intuición explica la necesidad de recurrir a la teoría de la argumentación, puesto que en este tipo de consideraciones pesan los valores y se esclarece su función en la interpretación y en la jurisdicción, siempre entendiendo que se busca la justicia en el caso concreto.

Se hace evidente, en este capítulo, que Zagrebelsky opta por un modelo que descansa en la conciencia moral concreta, en el deseo de justicia que es propio del humanismo cristiano. Esta es una posición que tiene profundos matices filosóficos; incluso uno de los referentes constantes de la obra del constitucionalista italiano es el escritor ruso Fiodor Dostoyevski (1821-1881), quien se planteaba dudas respecto a la inaceptabilidad del sufrimiento de los inocentes y otros asuntos morales bastante problemáticos, pero siempre dignos de la mayor atención.

Se ha enfatizado que Zagrebelsky no solo es constitucionalista, sino también es un pensador sólido en el campo de la moral, lo cual le brinda una innegable profundidad a sus escritos e ideas desarrollados en estos. Por esta razón, su pensamiento se caracteriza por su hondura filosófica.

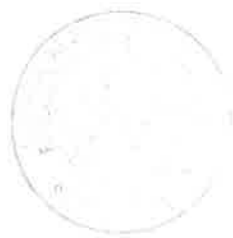
Por lo tanto, para discutir sus puntos de vista, se tiene que ampliar el ámbito de discusión, el cual ya no puede restringirse a la ciencia jurídica, sino también a la ética filosófica. Esto muestra una tendencia creciente en el pensamiento jurídico, el cual no puede desvincularse de las discusiones constantes acerca de la moral crítica, especialmente frente a los grandes desafíos que plantea una época como la contemporánea.



Finalmente se ha visto su compromiso con los grandes problemas que presenta la situación actual. En particular, se ocupa de problemas relativos a la expansión regional y temporal del constitucionalismo. Así se proyecta a la esfera internacional, así como al futuro, reconociendo los derechos de las futuras generaciones. Estos reconocimientos colocan a nuestro autor en una posición de avanzada en el constitucionalismo contemporáneo, el cual toma cada vez mayor conciencia de los retos propios de esta época.

Ahora corresponde enfocarse en otros aspectos del pensamiento de este constitucionalista que, como se ha visto, no está desprovisto de problemas, quizás debido a la misma extensión de los cambios que plantea. Este, en efecto, es un pensamiento revolucionario dentro del nuevo constitucionalismo.

Es necesario examinar algunas de las críticas que han provocado sus novedosos planteamientos, algunos de los cuales tocan, como se ha notado, aspectos básicos del derecho que a veces se omiten en las discusiones contemporáneas sobre el constitucionalismo. En el próximo capítulo se tratan la valoración del pensamiento de Zagrebelsky, proceso en el cual se toman en cuenta las opiniones críticas de otros destacados pensadores que influyen en la discusión actual sobre el constitucionalismo.



CAPÍTULO V



5. El futuro del constitucionalismo y los desafíos para el derecho dúctil

Una de las grandes tareas para una adecuada teoría constitucional para este tiempo, es brindar respuestas a los grandes problemas que se enfrentan en la actualidad. Estos obstáculos ponen en entredicho una serie de cuestiones que tendrán una influencia decisiva en el futuro próximo. Diversos tipos de problemas que van desde la crisis ambiental, hasta el retorno del autoritarismo político, sugieren que el desarrollo constitucional aún no ha terminado y que, más bien, enfrenta una crisis decisiva en varios frentes.

Estévez Araujo (2021) ha dicho que:

(...) las transformaciones que han tenido lugar desde los años ochenta del siglo pasado han sido extraordinariamente profundas y han venido a cuestionar muchos de los presupuestos en los que se basaba el derecho de los dos primeros tercios del siglo XX. (p. 9)

El intervalo señalado por Estévez cubre precisamente los orígenes del constitucionalismo que ahora ha conseguido mayores avances.

Para un pensador que, como Zagrebelsky, enfatiza el deseo de justicia como parte del espíritu constitucional, la situación presente, en el ámbito social-constitucional debe ser corregida de manera inmediata. El mundo actual provee un campo idóneo para el desarrollo de “poderes salvajes”, como los denomina Luigi Ferrajoli: poderes privados que han dominado el mundo, generando una desigualdad injustificada y condenando a

una vida insostenible a la mayoría de personas del planeta. El desenvolvimiento real de los derechos humanos no ha sido enérgico con estos poderes, los cuales alcanzan un desarrollo que cada vez es más grande, con las consiguientes inconveniencias para el mundo entero.

En efecto, se ha visto cómo el orden internacional no ha combatido dichos poderes, los cuales suelen tener mayor fuerza económica que muchos de los países, especialmente los más pequeños y débiles, los cuales han experimentado un proceso de desmantelamiento que ha creado una vulnerabilidad y desigualdad reconocida en todo el mundo. Zagrebelsky no omite considerar este problema, debido a que su planteamiento no es fácilmente compatible con los poderes que alimentan la desigualdad, especialmente la económica.

Estos vacíos regulatorios brindan oportunidades para que ciertos poderes actúen con base en intereses particulares que prácticamente no tienen límite. También sucede que la simple aplicación del derecho vigente no funciona puesto que la realidad cambia de manera apresurada, haciendo inoperante las reglas y principios formulados hace algún tiempo. La soberanía estatal puede cumplir un papel importante todavía, pero no se puede negar que nuevas perspectivas deben desarrollarse para alcanzar soluciones a problemas globales, como es el caso de los ambientales, que se han desarrollado en los últimos 40 años.

Por el contrario, es necesario repensar algunos problemas que ahora muestran su naturaleza urgente, como es el caso del diseño de modelos constitucionales que superen la vigencia del Estado constitucional. Zagrebelsky, junto con otros autores

como Ferrajoli, se han destacado en esta tarea, la cual exhibe obstáculos que muestran que solo un esfuerzo teórico inmenso podrá alcanzar las metas anheladas. Es un tiempo de cambios radicales, para los cuales el derecho tradicional obviamente no ofrece soluciones factibles.

Es necesario evaluar, por lo tanto, la teoría del derecho dúctil en relación a la crisis del constitucionalismo que, como se puede ver, se mencionaba muy brevemente al principio de este trabajo. Se verá cómo Zagrebelsky responde a una serie de problemas relativos a esta situación de urgencia. Sin embargo, debido al rápido desarrollo de los acontecimientos, será necesario que también este capítulo se esfuerce por presentar desarrollos que solo son sugeridos por el pensamiento de nuestro autor. Esta sería la contribución del presente trabajo.

Este capítulo trata varios temas relativos a la crisis del constitucionalismo actual. Son problemas independientes, pero no por esto dejan de tener una relación estrecha entre sí. Su tema, sin embargo, es qué respuestas se pueden derivar del pensamiento de Zagrebelsky para enfrentar los retos del futuro

Se parte de la tesis de que el futuro del constitucionalismo es de orden global. En este capítulo se muestra cómo el proyecto de Zagrebelsky apunta firmemente en esta dirección. En la primera sección se explica un ejercicio de prospectiva de la justicia constitucional en los años venideros. En la segunda, se examina la crisis de la globalización, aspecto importante en el pensamiento de nuestro autor. En la tercera sección se examina el problema de la pluralidad democrática, en un mundo en el cual cada vez la integración es más fuerte. En la cuarta se trata el predominio de la

oligarquía a nivel general. La quinta, se hace un breve análisis de una legislación orientada a la justicia. La sexta parte, analiza el papel de la moralidad en la judicatura.

5.1. El derecho hacia el futuro

La complejidad del proceso de desarrollo del constitucionalismo se acrecienta a medida que se comprenden las múltiples dimensiones que implica la integridad de la vida humana, la cual ya no solo contempla los derechos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sino también una nueva serie de ellos que exigen la protección de la dignidad frente a las amenazas ecológicas, tecnológicas, y otro tipo de desafíos que trae consigo el desarrollo de la vida humana en el planeta.

Las crecientes necesidades que experimenta la humanidad, aunado al problema de la disminución de los derechos y los recursos estatales para defenderlos, plantea una situación que debe ser remediada dentro de los límites temporales que plantean las condiciones sociales actuales. Los derechos fundamentales se han convertido en demandas que muy pocos estados pueden cumplir de manera mínima, mucho menos integral, no solo debido al desfinanciamiento, que es creada, sino también a la corrupción.

Todo intento de organizar constitucionalmente a la sociedad asume la voluntad de duración y, por lo tanto, debe tener una expectativa razonable acerca de las posibilidades del futuro. Se busca un pacto que englobe aspiraciones sociales que puedan regular la sociedad por un tiempo considerable. La Constitución, sin embargo, es un sistema normativo que evoluciona porque refleja nuevas condiciones que se

deben tratar bajo la figura de la interpretación, la cual no debe ser legalista, sino centrada en el sentido profundo del derecho.

Esto no significa que una Constitución deba ser un cuerpo normativo demasiado rígido, porque las circunstancias cambian con la historia. La Constitución, necesariamente, debe ser un cuerpo viviente, como lo han hecho ver algunos juristas norteamericanos como es el caso de Bruce Ackerman. Por esto es importante que el pensamiento de Zagrebelsky asuma con seriedad las dimensiones futuras del constitucionalismo. Como lo dice el autor (2005) en una reflexión sobre la Constitución y la historia:

Las constituciones de nuestro tiempo miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir el patrimonio experiencia histórico-constitucional que quieren salvaguardar y enriquecer. Incluso se podría decir: pasado y futuro se ligan en una única línea, y, al igual que los valores del pasado orientan la búsqueda del futuro, así también las exigencias del futuro obligan a una continua puntualización del patrimonio constitucional que viene el pasado y por tanto a una incesante redefinición de los principios de la convivencia constitucional. La "historia" constitucional no es un pasado inerte si no la continua re elaboración de las raíces constitucionales del ordenamiento que nos es impuesta en el presente por las exigencias constitucionales del futuro (...). La dimensión histórica del derecho constitucional no es entonces un accidente anecdótico, algo que satisfaga solamente en nuestro gusto por las antigüedades o la curiosidad por las realizaciones del espíritu humano. Podría ser un elemento constitutivo del derecho constitucional actual, lo que le permitiría dar un sentido a su obra cuando la ciencia del derecho constitucional se decidiera o

comprender que no existe un amo que requiera ser servido, al contrario de lo que sucedió alguna vez. (pp. 90-91)

Se tiene que superar los límites del constitucionalismo y énfasis en el presente. Las reglas tienen que interpretarse en función de ideales de larga duración y extensión global, aun cuando la realidad cambie de manera acelerada y a veces de manera inesperada, como ha sucedido con la actual crisis la COVID-19. Se ha comprendido, por ejemplo, que las decisiones del presente afectarán a las posibilidades del futuro, especialmente cuando se trata de bienes no renovables, como acontece con el caso de los bienes comunes de la humanidad, los cuales han sido teorizados por el compatriota de Zagrebelsky, el teórico civilista Ugo Mattei. Esta es una de las preocupaciones recientes de muchos constitucionalistas, respecto a la viabilidad de las generaciones sobre la tierra.

El énfasis de este autor, como se ha visto a lo largo de esta tesis, demanda una justicia renovada, que trascienda incluso las reglas establecidas legislativamente. No se hace por desobediencia, sino por la realización de un ideal que siempre se presupone cuando se construye un sistema que busca la justicia, especialmente en sede constitucional. Incluso sería necesario plantear nuevas formas de ejercicio constitucional y legislativo, como sería el de prever cambios regulares a los cuerpos normativos correspondientes.

En consecuencia, este pensador invita a la recreación continua del derecho, con el fin de realizar una idea que no solo es jurídica, sino ante todo moral. Es necesario buscar

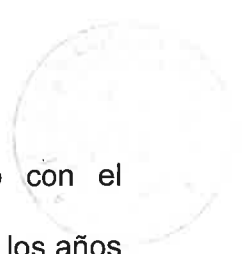
nuevas soluciones, pero la esencia de estas debe radicar en el respeto de la dignidad humana.

Se pueden tener dudas respecto de la posibilidad de alcanzar el objetivo de la justicia absoluta, ideal que de plano no se puede alcanzar, pero no cabe duda de que se trata de que las reflexiones de Zagrebelsky muestran caminos para alcanzar la justicia constitucional en una medida adecuada y racional.

En suma, existen soluciones si se identifican los problemas reales con el realismo y honestidad debidas, asimismo en consonancia con el cambiante conocimiento de las ciencias que estudian el medio ambiente, las cuales, sin embargo, han puesto de relieve que la humanidad se encuentra en medio de una crisis de los modelos económicos y políticos que han prevalecido durante varios siglos.

5.2. La crisis de la globalización

Hasta ahora, los derechos humanos buscaban realizarse, de manera local, en el espacio jurídico que se organiza a través de las Constituciones nacionales. Existían atisbos de una necesidad de integración internacional a través de la noción de derechos humanos de carácter universal. El aparato institucional del Estado se abría al diálogo internacional que promueve la protección de los derechos humanos y, en este espíritu, se fueron creando instancias regionales y mundiales de defensa de los derechos humanos. Se daban, en consecuencia, los primeros pasos tras el un marco internacional que poco a poco influía sobre los Estados. Ese núcleo de internalización del derecho es un antecedente de la actual globalización.



Ese movimiento de integración mundial experimentó un avance fáctico con el surgimiento de la globalización. Con la caída del mundo socialista a finales de los años ochenta, el mundo se ve impulsado hacia un mercado mundial, liderado por los Estados Unidos, en donde la democracia liberal, constitucional, se ve extendido hacia todos los países. Sin embargo, de manera paradójica, el mundo globalizado se ve dominado por las empresas internacionales, las cuales encuentran en el libre mercado un espacio para poder desarrollar sus políticas no reguladas, las cuales les permiten alcanzar un dominio económico que somete a muchos Estados a su dominio, lo cual implica un paulatino debilitamiento de estos, el cual se refleja en la progresiva incapacidad de los Estados de responder a los derechos sociales.

Se crea, como resultado, un sistema en el cual se crea una gran desigualdad y, junto con esta, un progresivo descontento que ha alcanzado niveles extraordinarios en países como Estados Unidos, en donde líderes populistas como Donald Trump han planteado problemas que no se habían experimentado en la vida moderna de dicha nación.

En todo caso, de hecho, el sistema económico ahoga la soberanía. Pero otra cosa es cuando la soberanía se limita para proteger los derechos humanos. Surgen entonces instancias regionales de defensa de los derechos humanos e incluso proyectos políticos que quieren superar los Estados naciones. En este sentido, el enfoque de Zagrebelsky se incardina dentro del proyecto de la Unión Europea. Por lo tanto, acepta la necesidad de restringir el concepto de soberanía.

Es tan importante este punto que lo trata al principio de su gran obra *El derecho dúctil*. En efecto, la soberanía del Estado busca eliminar a los antagonistas, en la esfera interior, y quiere imponerse militar y financieramente en el ámbito exterior, llevando incluso al imperialismo. Este autor nota que detrás de la soberanía estatal se encuentra un grupo de actores que quieren imponer sus intereses (Zagrebel'sky, 2016).

En ese sentido, Zagrebel'sky (2016) piensa que es mejor hablar de una Constitución sin soberanía. Se busca vivir de acuerdo con un sistema constitucional que sea flexible para encontrar diferentes formas de vida. Se debe buscar una vida política flexible y dispuesta al compromiso, en la que la fuerza y la imposición no son permitidas. Debe haber una convivencia de principios (Zagrebel'sky, 2016).

El derecho dúctil, pues, es un derecho adecuado al tiempo que se vive actualmente, en el que debe predominar la aceptación de la diferencia y la negativa a querer imponer los ideales propios a los otros. Es un proyecto político que permite la convivencia y, como se verá adelante, la supervivencia. De ahí, a encontrar las ventajas de vivir de forma integrada, superando nacionalidades, no es necesario dar un gran paso, especialmente cuando las circunstancias así lo demandan.

Este objetivo es compatible con la idea de crear instancias de constitucionalismo internacional. Desde luego, es una tarea casi imposible crear una Constitución formal que rija para todos los países, pero si es importante crear un esquema de principios mínimos que pueda ayudar a establecer un orden mundial que pueda resolver algunos de los problemas acuciantes de la actualidad, cual sucede con la crisis mundial de salud pública que ha provocado la pandemia de la COVID-19, la cual ha puesto de

manifiesto las desigualdades a nivel internacional. Es necesario, por lo tanto, regular la globalización para ayudar a la implementación de principios de gobierno democrático que rijan en todo el mundo.

5.3. El pluralismo democrático

Desde luego, las sociedades en un mundo que se ha globalizado deben enfrentar diferentes perspectivas culturales del mundo. No existe una unificación del mundo alrededor de una sola visión cultural, aspecto que facilitaría un proceso más expedito para buscar un constitucionalismo mundial. Un acuerdo exhaustivo entre diferentes visiones culturales sería imposible. Sin embargo, la paz mundial exige que, por lo menos, existan acuerdos mínimos entre diferentes posiciones y esto, aunque posible, es difícil de conseguir.

En efecto, a pesar de los problemas, el pluralismo democrático continúa siendo una dificultad para el mundo actual, al menos cuando se quieren encontrar soluciones a problemas comunes. A medida que se buscan soluciones globales para los problemas, es obvio que pueden surgir diferencias casi irreconciliables, si se toman en cuenta las diferentes cosmovisiones, las cuales a veces no guardan relaciones muy armoniosas entre ellas. En ese sentido, las diferencias pueden aceptarse salvo que estas no lleven a ignorar los valores de la justicia. No se debe olvidar que muchas perspectivas culturales permiten y promueven prácticas violatorias de los derechos humanos de ciertos grupos, como las mujeres.

Es obvio que debe hacerse esfuerzos para acomodar las diferencias. Pero es difícil quizás hacerlo desde una perspectiva moral, porque existen cosas mínimas que se

presentan como obstáculos, pero no bastan quizás para evitar un acuerdo de grandes proporciones que le brinde una nueva dirección al pensamiento jurídico y el político de la actualidad. Lo que se necesita es abandonar la inercia de las doctrinas y prácticas que imperan en el derecho actual.

Sin embargo, es una tarea que demanda el diálogo intercultural. Para lograr este objetivo se debe partir de la base de que la cultura racional-científica del mundo occidental no es la única que merece atención. Esta cultura ha aumentado notablemente el éxito y el poder de la tecnología, pero estos logros no han sido gratuitos para la humanidad. Junto al desarrollo de la medicina, se ha dado el desarrollo de las armas, hasta el punto de que las fuerzas nucleares, por ejemplo, pueden ocasionar la destrucción de la vida en el planeta.

Asimismo, el peligro que significa la sobreexplotación de la naturaleza y los concurrentes problemas ambientales ya no es un riesgo remoto, como puede notarse a partir de las múltiples catástrofes (incendios, inundaciones, etc.) que se dan actualmente en el planeta y que afectan, especialmente, a las personas más vulnerables. Guatemala experimentó en las 2020 dos terribles tormentas tropicales que incluso sumergieron algunas poblaciones, las cuales, debe mencionarse, no recibieron apoyo humanitario suficiente por parte del Estado, el cual ha dejado de cumplir muchas de sus funciones necesarias. Estos problemas, probablemente se incrementarán en un futuro no muy lejano.

De manera progresiva pueden darse acuerdos entre posiciones que, al principio, parecen irreconciliables. Es una nueva etapa necesaria para potenciar el alcance

mundial del constitucionalismo. De manera progresiva la humanidad puede avanzar y en eso se deben de concentrar los especialistas en derecho constitucional, los cuales han visto como su disciplina gana en importancia, precisamente frente a la crisis del derecho en general.

Para lograr esto, es necesario un poco más de paz en el mundo, especialmente relaciones más justas, que eviten la distorsión de los ideales y proyectos de democracia constitucional en su propio país y en otros. Las empresas que causan daño a otros países deben ser controladas en sus países de origen, puesto que sus acciones no solo afectan a otros países, sino a ellos mismos, especialmente por los impuestos que dejan de pagar en su propia nación.

En este sentido, la apertura a las dimensiones internacionales del constitucionalismo, así como la opción de la pluralidad de visiones del mundo, puede ayudar a crear un orden internacional en el que exista un mayor nivel de igualdad entre individuos y naciones. De hecho, como se ha visto, esta es una tendencia en el derecho que ha sido apoyada por grandes y connotados juristas.

Un aspecto importante del pluralismo a nivel global, lo constituye el hecho de que un diálogo abierto a la diversidad puede ayudar a encontrar soluciones a problemas sociales y ambientales que afectan a la humanidad como un todo. La humanidad, a través de sus distintas comunidades, ha acumulado aspectos que pueden ayudar a encontrar soluciones adecuadas a muchos problemas. Una forma de este diálogo se realiza a través de las cortes y el derecho comparado, lo cual permite comprender otras perspectivas de solución para los problemas.

No se trata de rechazar la cultura occidental de forma radical y total. La ciencia y la tecnología han ayudado a encontrar soluciones a muchas situaciones, pero también otras culturas, incluso sus contribuciones religiosas, pueden aportar sus perspectivas para resolver otros problemas. Asimismo, desde otras perspectivas se pueden valorar las contribuciones que han dado las feministas, las cuales buscan un mundo en donde no se manifiesten otros males como lo es el patriarcado.

Los grupos que promueven la supremacía racial o religiosa suelen ser peligrosas para otros grupos que no comparten sus creencias u origen étnico o racial. Estos grupos tienen cierta tendencia hacia la violencia y el terrorismo, como lo prueba el hecho de que algunas organizaciones supremacistas en los Estados Unidos, como milicias de ciudadanos con la migración, puedan adoptar el mismo tipo de acciones que antes solo se veía en regiones como el Oriente Medio.

5.4. El predominio oligárquico

No se puede negar que siempre es necesario un sistema de reglas para regular la vida humana. Sin sistemas de normas que guíen la conducta humana, no es posible realizar la vida en sociedad, puesto que entonces no es posible ni siquiera organizar las actividades más cotidianas. Desde luego, tampoco se podrían realizar planes vitales a largo plazo.

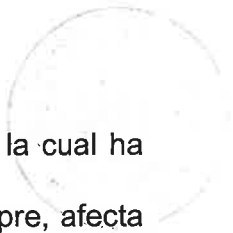
En consecuencia, es lógico que deba organizarse un marco regular, aunque cambiante, de acciones sociales que permitan planificar una vida con ciertas expectativas de una sociedad con actitudes predecibles a largo plazo. Debe haber procedimientos, reglas, que, en la medida de lo posible, no retarden los procesos de los cuales depende el

funcionamiento de la sociedad, como es el caso de las transacciones comerciales. No se puede en cada caso dejar que se decida en función de principios, puesto que es necesario organizar un sistema de transacciones casi automático. Estos sistemas de reglas, como es de esperar, se transforman con el tiempo, debido a que es necesario responder a los desafíos que presenta cada momento de la vida humana colectivo. Zagrebelsky está consciente de la función de las leyes y no se opone a ellas. Lo que rechaza es la tendencia a reducir el derecho a las leyes y a cuestionar el supuesto carácter no valorativo de estas.

Por otro lado, siempre va a haber conflictos entre los miembros de la sociedad y es bueno contar con un sistema de reglas que resuelva las situaciones más complejas. Esto, sin embargo, no debe llevar a ignorar los principios de la justicia que animan al orden constitucional de derecho.

De este modo, debe haber normas que indiquen cuando una persona ha fallado a sus obligaciones; no se puede prescindir de simples reglas que determinen la herencia, el matrimonio, la culpabilidad penal y la responsabilidad civil. Las reglas y los códigos siempre serán necesarios para darle forma a las instituciones y, en la medida de lo posibles, estos deben ser respetados. La aceptación de este punto no debe llevar a la negación de la justicia concreta, puesto que se debe tratar de fomentar la vida colectiva pacífica y justa.

Sin embargo, como se ha dicho, estas reglas no sirven para resolver todos los problemas que plantea la justicia. Por ejemplo, las obligaciones que presentan los contratos no siempre son válidas desde el punto de vista de la justicia, como acontece



en circunstancias de emergencia, como la presente crisis de la COVID-19, la cual ha provocado la pérdida de millones de empleos a nivel mundial, y como siempre, afecta con mayor dureza a los países que poseen un Estado que proteja a sus ciudadanos. La aplicación de las reglas no debe ser aceptada cuando se basen en el abuso de un derecho, o la ignorancia de los problemas concretos que enfrenta la humanidad.

La existencia de las leyes y su cumplimiento no debe ser pretexto para realizar injusticias, como es el caso de muchas de las decisiones que normalmente son promulgadas únicamente para beneficiar a ciertos grupos con poderosos intereses económicos, como es el caso de ciertas industrias que afectan el medio ambiente, crean desempleo o que provocan mayor desigualdad económica

La situación actual es especial en este sentido. Existen una serie de desafíos que han surgido de manera tan rápida que el derecho no tiene respuestas. Los practicantes del derecho sienten cómo necesitan nuevos instrumentos para responder a estas situaciones, pero aun así la realidad cambia con mayores dinamismos. El orden digital, por ejemplo, exige nuevos reglamentos que permitan proteger la privacidad de las personas, especialmente frente a la vigilancia masiva de la que son objeto las personas en la sociedad. Asimismo, existen graves desafíos ambientales que no pueden eludirse durante más tiempo.

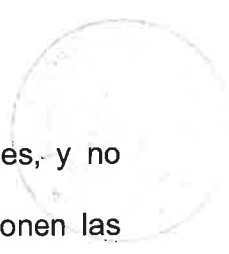
Desde luego, en un momento dado es necesario establecer nuevas reglas para contemplar los casos que no habían sido previstos. El problema es que la promulgación de leyes o la reforma de estas puede llevar mucho tiempo, lo cual puede llevar a situaciones inconvenientes. La justicia constitucional, en consecuencia, puede ayudar a

resolver estos problemas, tratando de solucionar los problemas antes de que se cause más daño a la sociedad.

La desigualdad económica alcanza mayores niveles ya no solo en sociedades subdesarrolladas, sino también las naciones que tienen mayores niveles de vida. En los últimos tiempos, Zagrebelsky ha mostrado su preocupación con este problema, el cual no permite el funcionamiento óptimo de los sistemas sociales. En este sentido, debe apuntarse que la desigualdad es una experiencia histórica que ha sido reconocida desde tiempos muy antiguos, llegando incluso hasta la antigua Grecia.

En la actualidad, destacados pensadores estudian desde diferentes ángulos uno de los problemas que provoca, sin duda, un notable descontento a nivel nacional e internacional. En esta dirección, se ha tomado conciencia de que esta desigualdad es creada por estructuras regulativas que producen un juego desigual en las sociedades nacionales y en el mundo. Esta no surge de la nada. Como lo dice Cárdenas Gracia (2015):

Los cambios sufridos en el mundo resultado de la nueva realidad neoliberal y globalizadora han producido una revolución jurídica que los ha acompañado y que ha reforzado el poder de las grandes potencias, corporaciones e instituciones supranacionales por encima de los intereses de los Estados-nación y de sus habitantes, con excepción, aunque eso exigiría una reflexión más detenida de los procesos de internacionalización de los derechos humanos, dado el lamentable estado en el que se encuentran en el mundo, en cuanto a sus garantías y a su realización, los derechos económicos, sociales y culturales.



El Estado y el derecho se han ido ajustando a esas transformaciones, y no necesariamente a favor de los derechos de los individuos que componen las sociedades respectivas, sino para apuntalar los intereses del nuevo capitalismo mundial. (p. 4)

Se puede ver, entonces, que la crisis del Estado constitucional de derecho, la cual ha sido objeto de análisis transversal en este trabajo, es un proceso sujeto al hecho de que se privilegian intereses específicos. Este proceso está en boga debido al poder de las corporaciones internacionales, las cuales tienen un poderío económico que, como ya se ha observado, supera a muchos países, cuyos Estados cada vez se vuelven más débiles para poder satisfacer los derechos, especialmente sociales, que deben promoverse a través de estos. Esta situación debe cambiarse si se aspira a un mundo inclinado a la satisfacción más básica de los derechos humanos. Es necesario prestar atención a las circunstancias concretas de un mundo cuya vulnerabilidad crece de manera continua.

En ese sentido, dice Zagrebelsky (2016):

La concepción del derecho “por principios” tiene, por tanto, los pies en la tierra y no la cabeza en las nubes. La tierra es el punto de partida del desarrollo del ordenamiento, pero también el punto al que éste debe retornar. Naturaleza práctica del derecho significa también que el derecho, respetuoso con su función, se preocupa de su idoneidad para disciplinar efectivamente la realidad conforme al valor que los principios confieren a la misma. Así pues, las *consecuencias prácticas del derecho* no son en modo alguno un aspecto

posterior, independiente y carente de influencia sobre el propio derecho, sino que son un elemento cualificativo del mismo. No se trata en absoluto de asignar a lo "fáctico" una prioridad sobre lo "normativo", sino de mantener una concepción del derecho que permita que estos dos momentos no sean irrelevantes el uno para el otro, como, por el contrario, sucede con el positivismo.

(p. 122)

En particular, Zagrebelsky junto con el historiador de la política Luciano Canfora han discutido sobre el problema del dominio oligárquico. Ambos autores han señalado los grandes problemas que plantea el dominio de los sectores con mayor poder económico, es decir, la oligarquía, para la sociedad en su conjunto, tanto la italiana como la global. Ya no se trata tan solo de la desigualdad económica, puesto que las grandes industrias también contaminan y, por lo general nunca se hacen cargo de los grandes danos que sus actividades provocan al medio ambiente.

En este diálogo Zagrebelsky presenta la falta de valores del sistema económico occidental, el cual solo se ocupa de la reproducción de ganancias, sin prestar atención a los problemas que se deben resolver en el futuro inmediato, como es el caso de los bienes comunes de la humanidad, problema tratado cada vez con mayor frecuencia por destacados autores del derecho constitucional, como es el caso de Luigi Ferrajoli.

Este es un problema que no puede ser minimizado en muchos países, especialmente aquellos que, como Guatemala, mantienen grandes diferencias sociales, los cuales provocan ingobernabilidad debido a una serie de problemas sociales que, en lugar de resolverse, se vuelven cada día más urgentes.

Como se puede notar, este problema es parte de una dificultad general que ha afectado a los sistemas jurídicos en muchos países con notable deficiencias en su organización y gobernabilidad. Se ha notado desde siempre que el derecho es un instrumento normativo que, a menudo, se utiliza para legitimar los intereses del orden existente, pero que también puede usarse para lograr imponer perspectivas de inclusión por parte de sectores desfavorecidos.

En consecuencia, los análisis de Zagrebelsky son adecuados para Guatemala y países que enfrentan un futuro problemático debido a la carencia de una tradición de respeto del derecho, el cual se ha manifestado en la existencia de leyes con carencias morales evidentes. En este país, como otros tantos alrededor del mundo, el orden constitucional todavía se maneja de un modo penetrado por el positivismo antiguo y los valores constitucionales no juegan el papel que debería jugar en un orden justo. Eso es parte de una tradición que puede ser cambiada para alcanzar un orden más justo en el cual se preste mayor atención a los principios morales que deberían regir en una sociedad que realmente quiere superar sus problemas tradicionales. Se debe, en consecuencia, plantear las leyes como aspiraciones de justicia y no como defensa de poderes establecidos.

Como puede verse, el pensamiento de Zagrebelsky se ha desarrollado en los últimos cuarenta años. Se ubica, en consecuencia, en medio de los cambios que han caracterizado a este período. Por esta razón, ha notado los cambios que ha traído consigo la globalización neoliberal, en otras palabras, la implementación de la ideología del mercado libre. Es de la opinión, en particular, de que el Estado de derecho se

presta a ser manipulado por los poderes concentrados (Zagrebelsky, 2014). Por lo mismo, las leyes no deben prestarse ya más a este juego evidente.

El primer punto es el análisis de la crisis de valores, los cuales se ven en una situación de inobservancia en la actualidad. No se puede negar, sin embargo, que la crisis de valores es una constante en la historia del derecho, el cual, por su propia naturaleza regulativa, tiende a ser un objeto de interés por parte de los que ejercen el poder. Las sociedades siempre se ven afectados por la lucha por el dominio y el poder de todo tipo.

En este sentido, es innegable que el poder económico suele jugar una parte importante en las estructuras de dominio de toda sociedad a lo largo de su historia; a menudo este se interrelaciona con otros tipos de poder como el religioso, el jurídico, el educativo. Este poder ha causado una crisis mundial que ya no se puede ignorar, a menos que los problemas se multiplique de manera grave en las próximas décadas.

5.5. El papel de la legislación orientada a la justicia

A veces, la crítica al positivismo es tan fuerte que parece como que el pensamiento de Zagrebelsky no deja papel a la legislación. Para ser ecuánimes, es necesario mencionar que este ha sido uno de los problemas que ha enfrentado el constitucionalismo contemporáneo, especialmente por la prevalencia del sistema norteamericano de control constitucional, el cual le da la última palabra sobre la interpretación constitucional a la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, se es de la opinión de que este autor está más en contra de los excesos de la legislación en el caso concreto que en contra de la legislación en sí misma. A lo que se opone Zagrebelsky (2016) es al legalismo.

Se debe tomar conciencia de que el derecho debe tener vínculos constitucionales.¹² El aspecto regulativo de la vida humana no puede omitirse. Debe haber reglas que cumplir para organizar y regular las condiciones de la vida diaria. Sin embargo, existen también los casos difíciles en donde es necesario ir más allá de lo que dice la regulación legal que, en otros casos, no presenta mayor problema. En estos casos, es necesario ir más allá de lo escrito y buscar el sentido de la justicia.

Una de las objeciones obvias es que el pensamiento de Zagrebelsky parece desembarazarse de la división de poderes, recurso que impide la concentración del poder público. Esta venerable tradición ha sido cuestionada por otros destacados constitucionalistas, quienes han notado que dicha tradición ya no funciona para regular el manejo del poder en la época contemporánea, debido a que las condiciones de su formulación original por parte de pensadores liberales clásicos ya han cambiado de maneras notable.

Sin embargo, la realidad es que la actual crisis del derecho, especialmente del constitucional, denota que la simple división de poderes ya no cumple la función que en un momento de la historia parecía ser evidente. Las formas políticas cambian con el tiempo, así como lo hace la forma en que se manifiesta el poder, el cual es necesario controlar de manera novedosa, debido a que este siempre encuentra formas de eludir

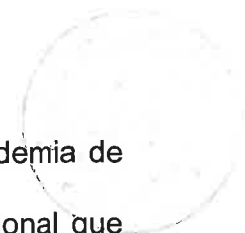
¹² Desde una perspectiva neopositivista, Luigi Ferrajoli sostiene que los derechos humanos, al ser positivados, también sujetan al legislador. Véase Ferrajoli (2002, pp. 19-20).

los límites que quieren imponérsele. Entre los autores que mencionan este punto se encuentran los constitucionalistas Karl Loewenstein y Diego Valadés. Es fácil, en efecto, notar las evidentes falencias en un sistema político regido por partidos políticos que organizan alianzas que se mueven al margen de tales principios.

Puede decirse, sin embargo, que es necesario un cambio de perspectiva en el manejo político de las condiciones actuales de la política. La cuestión del poder es ahora mucho más compleja. Pero como eje transversal tiene un olvido de los valores fundamentales. Nadie mejor que Zagrebelsky para poder teorizar acerca de estas carencias.

El problema real, especialmente después de la aparición de los partidos políticos, es que detrás de las estructuras de poder se encuentran estructuras políticas que trascienden los distintos poderes. Estos partidos desarrollan acuerdos que hacen casi imposible llegar a una gobernabilidad democrática, ya que sus intereses se articulan al margen de la sociedad que supuestamente deben representar. Por esta razón, desde hace tiempo se ha hecho énfasis en el constitucionalismo en cuanto a su tarea de disciplinar los poderes privados, sean estos empresariales o extralegales.

Lo anterior desemboca en una tesis que mostrará su importancia en este trabajo; los Estados se ven debilitados por las fuerzas del mercado, las cuales no pueden ser controladas por ningún sistema jurídico de tipo internacional debido a limitaciones conceptuales que no han podido ser superadas aun por el derecho contemporáneo. Se impone, en consecuencia, la necesidad de construir un sistema de controles económicos y de otro tipo que garanticen que los Estados cuenten con fondos para



financiar la protección de los derechos humanos. En particular, la actual pandemia de la COVID-19 exige repensar el papel de los estados en un sistema internacional que debe garantizar ciertos bienes mínimos para la humanidad, en particular, el derecho a los adelantos médicos en el campo de la salud.

Este es un aspecto innegable de la situación actual, el cual pone en entredicho la promesa del paradigma constitucional basado en los derechos humanos y la concepción de justicia que estos apoyan. Este punto se ha convertido en una crítica bastante extendida hacia el actual sistema de cosas. La política, por ejemplo, se ha convertido en una actividad en la cual los valores morales son ignorados de la manera más ordinaria. Por esta razón, la lucha contra la corrupción es una de las empresas más importantes de la época actual, como lo prueba la misma situación en Guatemala.

En este sentido, el pensamiento del autor italiano muestra una opción categórica por los valores morales, los cuales, en consonancia con el concepto de conciencia moral de la humanidad, mencionado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, necesita ser recuperado para poder enfrentar problemas que tienen como base el nihilismo de la época contemporánea.

Lamentablemente, la *lex mercatoria* ha venido a dominar el mundo jurídico, no por sus méritos doctrinales, pocos y débiles, sino por su dominio de la economía mundial, y por las presiones que implica tener un inmenso e inaceptable cantidad de poderes económicos, que no son sometidos a una regulación justa y equitativa. Esta ha querido substraerse de los criterios jurídicos que emanan del constitucionalismo democrático, así como del objetivo del sistema internacional de poder promover la defensa y

promoción de los derechos humanos. Lamentablemente, en este proceso se han abandonado principios tradicionales como los de la buena fe, los cuales protegían la integridad de las transacciones económicas.

Como toda propuesta con hondura teórica, el pensamiento de Zagrebelsky deja algunas dudas válidas que deben responderse. Como sucede con las grandes producciones teóricas, la resolución de estas preguntas en realidad ayuda a desarrollar su pensamiento. Este proceso permite recuperar los elementos de su pensamiento que quizás son proclives a perdurar, especialmente frente a la pérdida de referentes morales en el mundo actual.

Sin embargo, se procura también ir más allá del pensamiento de Zagrebelsky y de, este modo, encontrar respuestas a algunos problemas que plantean teorías que no son de fácil aceptación para muchos. En efecto, este pensamiento es de permanente actualidad.

Se puede afirmar, por lo tanto, que el pensamiento de Zagrebelsky ofrece una respuesta seria y fructífera para afrontar los problemas de la globalización contemporánea. Representa una opción clara por un humanismo constitucional que, recogiendo tradiciones de pensamiento como el humanismo cristiano y católico, plantea la cuestión de los derechos. Desde luego, no todas sus propuestas deben aceptarse sin reflexión, pero sí deben tomarse en cuenta sus constantes llamadas de atención hacia soluciones que puede aplicarse con los cambios debidos. En este caso, es bueno siempre integrar las reflexiones de tantos autores competentes que han llamado la atención sobre los problemas presentes.

Lo hace, aunque como es natural, su pensamiento deje muchas cosas al debate, lo cual es natural frente a una realidad que cambia a pasos acelerados. Sin embargo, su referencia a la justicia, su desconfianza del papel de la ley, muestran un desencanto que ya no debería ser tan extraño en una época como la actual, en donde hasta las cortes constitucionales han experimentado crisis en su conformación, debido a que es evidente que estas no son inmunes a las dinámicas de poder que afectan a las sociedades actuales.

En todo caso, es necesario no abandonar la ley, en cuanto es necesario regular áreas como la economía internacional, la cual puede ser considerada como raíz de muchos de los problemas contemporáneos. Sin embargo, esta no debe permitir las injusticias propias del sistema actual. Se debe buscar instancias legales justas, que puedan ser recurridas cuando su aplicación mecánica cause problemas de legitimidad constitucional.

5.6. La moralidad de la judicatura

En el pensamiento constitucionalista contemporáneo, los jueces han adquirido una importancia inusitada debido a la importancia de las garantías jurisdiccionales. El carácter predominante de la Constitución, “sobreinterpretativa” como la denomina Riccardo Guastini, hace que esta se pueda plantear en todo su vigor en cualquier sede jurisdiccional.

En ese sentido, uno de los grandes problemas en el pensamiento de Zagrebelsky es la exigencia de moralidad por parte de los juzgadores, la cual puede decirse que es suprema, pero como sabemos esta ha sido uno de los grandes problemas,

especialmente en la época contemporánea, en donde la corrupción ha hecho mella a todos niveles, no solo en Guatemala, sino en muchos países del mundo, desde luego, con desigual impacto.

Sin embargo, es necesario pensar en la judicatura y comprender lo importante de la moralidad en el actuar de los jueces. Este ha sido precisamente uno de los aspectos más problemáticos en la crisis del derecho constitucional contemporáneo. En el pensamiento de este autor, es evidente la importancia de la conciencia moral del juzgador.

No se quiere decir que el juez sea un ángel al margen de los asuntos humanos, sino una persona que en esa posición sabe cómo desarrollar el sentido moral de la Constitución cuando esta se usa para resolver un problema concreto. Debe tener la capacidad de escuchar la voz de la razón, a pesar de las diferentes posiciones que se le presenten. El problema se magnifica por la presencia de la motivación de las sentencias, el cual constituye parte la esencia del problema de la tutela judicial efectiva de los derechos.

Debe notarse que nuestro autor no acepta el legalismo, pero también rechaza la casuística (Zagrebel'sky, 2016). Estos dos extremos deben ser evitados en la tarea del juez. No se puede ignorar la legislación, puesto que entonces ni siquiera se puede hablar de "ordenamiento jurídico". En sus palabras "la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento" (Zagrebel'sky, 2016, p. 133). La casuística puede perderse en detalles y al final es capaz de justificar cualquier decisión, especialmente cuando los principios se pueden prestar a

distinciones y manipulaciones que no ayudan para nada a resolver los problemas que se presentan al juez.

Ayuda, en este renglón de ideas, el hecho de que el mismo Zagrebelsky sea un juez destacado, miembro del Tribunal Constitucional italiano, del cual llegó a ser presidente. Esta experiencia ha establecido la forma en que piensa un juez enfocado en la moralidad crítica del derecho. Destaca, en este caso, su participación en varios casos, entre los cuales destaca el caso Serena, en donde se cuestiona el caso de una niña de un país lejano que es llevada a Italia por un matrimonio que la adopta ilegalmente.

Aunque se quería mandar un mensaje respecto de la inadmisibilidad del tráfico de niños, Zagrebelsky opta por defender el interés concreto de la niña, quien ha habido formado lazos afectivos con la nueva familia. Aquí es donde se visualiza la preocupación de nuestro autor por la justicia aplicada al caso concreto, la cual supera el derecho como un mensaje que se quiere enviar a la sociedad.

5.7. Conclusión de capítulo

Se ha visto que, el pensamiento de Zagrebelsky constituye un logro del constitucionalismo moderno. Es un pensamiento que debe desarrollarse frente a un futuro incierto en el que se presentan desafíos que cuestionan el actual orden de cosas a nivel mundial. Ofrece, sin embargo, posibilidades para una época constitucional en la que es necesario recuperar el peso de los valores.

Es indispensable que se vayan generando respuestas jurídicas, especialmente constitucionales, para ayudar a la humanidad, la cual encuentra desafíos cada vez más

notables. Este punto es particularmente importante en esta época, la cual se caracteriza por una marcada predominancia de los intereses de los grandes poderes financieros, situación que ha incluso llegado a bloquear las posibilidades de la justicia que promete el sistema constitucional de derecho.

En efecto, uno de los grandes peligros es el dominio oligárquico a nivel mundial. Se debe encontrar, asimismo, una limitación a una *lex mercatoria*, supuestamente autónoma, en nombre de los valores constitucionales. Aquí debe privar la responsabilidad hacia las generaciones futuras, lo cual se garantiza a través del humanismo de la posición de nuestro autor, el cual despliega un *iusnaturalismo* renovado y ajeno a los dogmas particulares.

Asimismo, se debe buscar una protección de la democracia frente al poder de los mercados. Esta es una lección que no puede olvidarse, especialmente porque el debilitamiento del Estado nacional siempre se vincula con la protección de grupos particulares. Es necesario, en términos más generales, abandonar la visión del Estado en el cual este beneficia a grupos particulares.

También debe plantearse un reconocimiento de los derechos de las generaciones futuras. Esta exigencia de justicia intergeneracional es más válida en cuanto los recursos naturales se agotan sin una factible renovación, al menos en el corto plazo. Este punto hace necesario concentrarse en soluciones factibles que no desperdicien los recursos naturales.

Todo esto necesita jueces centrados en los valores del nuevo constitucionalismo. Afortunadamente, Zagrebelsky mismo, deja un ejemplo personal de cómo actuar como

juez ante los casos difíciles que se le presentan. La solución es siempre buscar la justicia del caso concreto. Zagrebelsky deja esta lección como parte de su legado como juez constitucional.



CONCLUSIÓN

Esta tesis ha expuesto los elementos fundamentales del derecho dúctil de Gustavo Zagrebelsky. Se ha hecho evidente, siguiendo la hipótesis de este trabajo, que el derecho dúctil constituye un modelo adecuado para la práctica del derecho constitucional en la época contemporánea. Este derecho busca acomodar los principios constitucionales, en maneras consensuadas que den solución a los problemas concretos que plantea la práctica del derecho. El derecho dúctil es un intento de realizar el derecho constitucional, en una época de pérdida de valores que se manifiesta en la creciente precariedad de muchos sectores de las sociedades contemporáneas.

El derecho dúctil plantea el desafío de lograr un sistema constitucional genuino en un contexto de pluralidad, de visiones del mundo a través de los medios inclusivos del diálogo y respeto por los otros. Esta, no es una tarea fácil, en virtud de la gran conflictividad contemporánea, pero ofrece una doctrina con elementos que merecen una detenida atención.

El derecho dúctil ofrece un núcleo prometedor para tratar los problemas actuales y se interna en el futuro del constitucionalismo. Ofrece puntos de desarrollo como es la justicia intergeneracional. Esta atención es más relevante, en la medida en que Zagrebelsky se inclina por un constitucionalismo que presta atención al anhelo de justicia de las personas más vulnerables. Es válido preguntarse, si este rasgo de su pensamiento irá alcanzando cada vez mayor importancia. Esta tarea, sin embargo, nunca estará totalmente despojada de problemas.



BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, A. (2011). *La Constitución viviente*. (C., Enrigue, Trad.). Marcial Pons Editores.
- Alexy, R. (1999). La tesis del caso especial. *Isegoría*, (21), 23-35.
- Álvaro de Oliveira, C. (2009). El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho*, XXII(1), 185-201.
- Anzures Gurriá, J. (2010). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales*, (22), 2-51. <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n22/n22a1.pdf>.
- Barberis, M. (2006). *Ética para juristas*. (A. Núñez Vaquero, Trad.). Editorial Trotta.
- Bassa Mercado, J. (2011). Elementos teóricos para la interpretación constitucional: algunas reflexiones a propósito de Zagrebelsky y Haberle. *Revista de Derechos Fundamentales*, (5), 15-42.
- Blanco Valdés, R. (1998). *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*. (2.^a ed.). Alianza Editorial.
- Blasco, P. (2013). *La justicia: entre la moral y el derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2013.
- Bobbio, N. (2001). *El futuro de la democracia*. J. Fernández Santillán, Trad.; 3.^a ed.). Editorial Fondo de Cultura Económica.
- Bogdandy, A. (2015). *Ius Constitutionale Comune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador, *Revista Derecho del Estado*, (34), 3-50.

- Caballero Palomino, S., Cruz Cadena, K. Y. y Torres Bayona, D. (2018). Derechos Humanos emergentes: ¿Nuevos derechos? *Advocatus*, 15(30).
<https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.30.5050>
- Cabo Martín, C. (2006). *Teoría constitucional de la solidaridad*. Editorial Marcial Pons.
- Carbonell, M. (2005). *Una historia de los derechos fundamentales*. Editorial Porrúa.
- Carbonell, M. (2008). Gustavo Zagrebelsky. Juez Constitucional, *Estudios constitucionales*, 6(2), 561-565.
- Carbonell, M. (Ed.). (2009). *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta.
- Cárdena Gracia, J. (2015). Las características jurídicas del neoliberalismo. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (32), 3-44.
- Cassagne, J. (2016). Los nuevos derechos y garantías. *Revista de Investigações Constitucionais*, 3(1), 59-108.
- CEPAL (2016). *La matriz de la desigualdad social en América Latina*. Naciones Unidas.
- Contreras, F. J. (2014). *La filosofía del derecho en la historia*. Editorial Tecnos.
- Criado Aguilera, J. (2016). El pluralismo constitucional: Concepto teórico, interpretaciones y perspectivas. *Universos jurídicos: Revista de derecho público y diálogo multidisciplinar*, 3(5), 21-60.
- De la Torre Martínez, C. (2006). *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Deik, C. (ed.). (2018). *La crisis del Estado de derecho*. Universidad Externado de Colombia.

- Díaz Guevara, J. (2011). El constitucionalismo alemán: Aporte de Kelsen, Heller, Schmitt, Smend y Häberle. *Derecho y cambio social*, 8(24).
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5498875>
- DW (2020, 20 de enero). *OXFAM: la desigualdad en el mundo está fuera de control*.
<https://www.dw.com/es/la-desigualdad-en-el-mundo-est%C3%A1-fuera-de-control-seg%C3%BAAn-informe-de-oxfam/a-52068249>
- Estévez Araujo, J. A. (2021). Introducción. En J. Estévez Araujo (ed.). *El derecho ya no es lo que era: Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*. Editorial Trotta.
- Estévez Araujo, J. y Messina, G. (2015). *La democracia en bancarrota*. Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2002). *Derechos y garantías: La ley del más débil*. P. Ibáñez y A. Greppi, Trads.; 3.^a ed.). Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2010). *Ensayo sobre la cultura jurídica italiana del siglo XX*. (A. De Cabo, Trad.). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. (P. Ibáñez, Trad.). Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2018). *Constitucionalismo más allá del Estado*. (P. Ibáñez, Trad.). Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2019). *Manifiesto por la igualdad*. (P. Ibáñez, Trad.). Editorial Trotta.
- Fioravanti, M. (2014). *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*. (A. Mora Cañada y M. Martínez Neira, Trads.). Editorial Trotta.

Fioravanti, M. *Constitucionalismo de la antigüedad a nuestros días*. (M. Martínez Neira, Trad.). Editorial Trotta.

García Amado, J. (1996). Ductilidad del derecho o exaltación del juez: Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII, 65-85.

García de Enterría, E. (1994). *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*. Alianza Editorial.

García Máynez, E. (2009). *Filosofía del derecho*. (17.^a ed.). Editorial Porrúa.

García Villegas, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho: sociología política del campo jurídico*. (2.^a ed.). Editorial Debate.

Grossi, P. (2003). *Mitología jurídica de la modernidad*. (M. Martínez Neira, Trad.). Editorial Trotta.

Guastini, R. (1996). Derecho dúctil, derecho incierto. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (XIII), 111-123.

Hesse, K. (2011). La función jurisprudencial y el tribunal constitucional en la Ley Fundamental de Bonn. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. Editorial Porrúa.

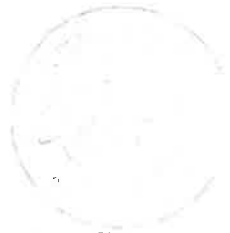
Höffe, O. (2015). *Justicia: Una introducción filosófica*. Universidad Externado de Colombia.

Huerta Ochoa, C. (2001). *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*. (2.^a ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Jhering, R. von (2018). *La lucha por el derecho*. Editorial Dykinson.

- Loewenstein, K. (2018). *Teoría de la Constitución*. (A. Gallego, Trad.). Editorial Ariel.
- Maliandi, R. (1992). Ética y fenomenología. En editado por V. Camps, O. Guariglia y F. Salmerón (Eds.). *Concepciones de la ética*. Editorial Trotta.
- Marshall Barberán, P. (2010). El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución. *Estudios Constitucionales*, 8(1), 43-78.
- Ortega, V., Ferrera, N. y Garrido, Y. (2014). *Percepción de dos miradas con igual enfoque y diferente perspectiva, desde Alexy y Zagrebelsky*. *Advocatus*, 11(22), 153-164.
- Parra Vera, O. (2009) Notas sobre acceso a la justicia y derechos sociales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista IIDH*, 50, 131-157.
- Peces-Barba, G. (1995). Desacuerdos y acuerdos con una obra importante. En de G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta.
- Peña Freire, A. (2020). Lecciones del nazismo jurídico para la filosofía de derecho: Radbruch y el positivismo jurídico. *Doxa*, (43), 59-81.
- Pérez Luño, A. (2016). Nuevo derecho, nuevos derechos. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (32), 15-36.
- Pisarello, G. (2014), *Procesos constituyentes: caminos para la ruptura democrática*. Editorial Trotta.
- Pozzolo, S. (2005). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación, (J. Vilajosana, Trad.). *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (21). 339-353.
- Pozzolo, S. (2017). Neoconstitucionalismo. *Eunomía. Revista de la cultura de la legalidad*, (11), 142-151. <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3284>

- Pozzolo, S. (2017). Neoconstitucionalismo. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (11), 143-151. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3284/1945>
- Prieto Sanchis, L. (1996). El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de «El Derecho dúctil» de Gustavo Zagrebelsky). *Anuario de Filosofía del Derecho*, (13-14), 125-158.
- Radbruch, G. (1999). *Relativismo y derecho*. Editorial Temis.
- Recaséns Siches, L. (2008). *Tratado general de filosofía del derecho*. (19.^a ed.). Editorial Porrúa.
- Rodríguez Garavito, C. (Ed.). (2018). *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil*. Siglo Veintiuno Editores Argentina.
- Ruiz Manero, J. (2015). Bobbio y el positivismo La triple distinción y el propio Bobbio. *Revus Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, (26), 13-18.
- Sagüés, N. P. (2016). Cultura constitucional y desconstitucionalización. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
- Sagüés, N. P. (2016). *La Constitución bajo tensión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Valadés, D. (1998). *El control del poder*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Valadés, D. (2010). La protección de derechos fundamentales frente a particulares. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época*, (12), 439-470.

- 
- Vallès, J. y Martí i Puig, S. (2016). *Ciencia política: Un manual*. Editorial Ariel.
- Vigo, R. L. (2006). Ética jurídica e interpretación judicial. *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (29), 273-294.
- Villar Borda, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista Derecho del Estado*, (20), 73-96.
- Villoro, L. (2007). El poder y el valor. En M. Méndez Alzamora, (ed.). *Sobre el poder*. Editorial Tecnos.
- Waldron, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces: Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Siglo Veintiuno de Argentina.
- Weber, M. (2012). *Sociología del poder*. (J. Abellán, Ed. y Trad.). Alianza Editorial.
- Zagrebelsky, G. (2005). *Historia y Constitución*. (M. Carbonell, Trad.). Editorial Trotta.
- Zagrebelsky, G. (2010). *Contra la ética de la verdad*. (A. Núñez Vaquero, Trad.). Editorial Trotta.
- Zagrebelsky, G. (2012). *La virtud de la duda*. Editorial Trotta.
- Zagrebelsky, G. (2013). Constitucionalismo. *Derechos y Libertades*, 2(29), 19-38.
- Zagrebelsky, G. (2014). *La ley y su justicia: tres capítulos de justicia constitucional*. (A. Mora Cañada y M. Martínez Neira, Trads.). Editorial Trotta.
- Zagrebelsky, G. (2016). *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. (M. Gascón, Trads.; 11.ª ed.). Editorial Trotta.
- Zagrebelsky, G. (2018). *Libres siervos: El Gran Inquisidor y el enigma del poder*. Editorial Trotta.

Zagrebelsky, G. y Marcenò, V. (2018). *Manual de derecho constitucional*. (C. Moreno More, Trad.). Editorial Zela.

Zagrebelsky, G. y Martini, C. (2006). *La exigencia de justicia*. (M. Carbonell, Trad.). Editorial Trotta.