

DEMOCRACIA Y CONSTITUCIONALISMO*

DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALISM

FRANCESCO RICCOBONO
Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Napoli Federico II

Fecha de recepción: 25-9-16

fecha de aceptación: 17-1-17

Resumen: *El Estado constitucional no puede no ser un Estado democrático. ¿En qué medida, entonces, la actual crisis de la democracia es también una crisis del Estado democrático de Derecho? La respuesta que se sugiere en el presente ensayo constata una de las razones de la crisis actual de la democracia en la adopción general de la forma político-jurídica del Estado constitucional de Derecho caracterizado por una hipertrofia de las modalidades “jurídicas” de gestión de las relaciones sociales y de adopción de las decisiones políticas. La democracia corre el riesgo de encontrarse enjaulada en inmensos y oscuros complejos de disposiciones normativas de todo orden y grado, que impiden la participación de los ciudadanos ordinarios y reservan la cosa pública a la especialización de unos pocos técnicos.*

Abstract: *The constitutional State is necessarily a democratic state. To what extent, then, the current crisis of democracy is also a crisis of the democratic rule of law? The answer suggested in this essay considers as one of the reasons for the current crisis of democracy the general adoption of the political-legal form of the Constitutional State, characterized by a hypertrophy of the “legal” forms of management of the social relations and political decision-making. Democracy runs the risk of being caged in immense and obscure sets of normative dispositions of every order and degree, hindering the participation of ordinary citizens and reserving public affairs to the expertise of a few technicians.*

* Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig.

Palabras clave: Constitucionalismo, democracia, globalización, participación, certeza del Derecho.
Keywords: Constitutionalism, democracy, globalization, participation, certainty of Law.

El nexo entre Estado constitucional de Derecho y democracia es muy estrecho. Desde un punto de vista histórico, el Estado constitucional de Derecho ha sido la forma de Estado elegida, al final de la Segunda Guerra Mundial, por las fuerzas políticas democráticas para construir y garantizar un orden social basado en los valores de libertad e igualdad y para cortar todo vínculo con el pasado autoritario y dictatorial. Esta razón histórica de la expansión europea del constitucionalismo, como práctica político-institucional y como teoría político-jurídica, no debe olvidarse. Dicha razón define polémicamente la identidad del constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX en los términos de la oposición radical frente a todo resurgir de autoritarismo y queda como rasgo identitario de su actual evolución neoconstitucionalista¹. Desde un punto de vista teórico, el Estado constitucional de Derecho no puede no ser un Estado democrático. El necesario vínculo entre derechos fundamentales y democracia –hoy considerado obvio por la conciencia común democrática– encuentra, de hecho, su más neta confirmación y la mayor protección en la forma del Estado constitucional de Derecho². No por casualidad, en la teoría discursiva de Robert Alexy, por ejemplo, la necesaria pretensión de corrección de los ordenamientos jurídicos encuentra respuestas positivas en el constitucionalismo democrático que satisface “dos

¹ Una evolución prevalentemente teórica. Existe una fuerte controversia sobre el concepto de “neoconstitucionalismo” y sus relaciones con el positivismo jurídico y el iusnaturalismo. Véase la densa reconstrucción del concepto llevada a cabo por M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Modena, Mucchi, 2012, pp. 13-32. Las aporías de la relación entre “constitucionalismo”, “neoconstitucionalismo”, e “iuspositivismo” son mostradas por L. FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2014, pp. 24-27. Utilizaré en estas páginas, el término en el significado estricto, y reductivo, de una evolución de la teoría constitucionalista que subraya la conexión entre Derecho y moral en el fundamento de los derechos y que desarrolla a través de los derechos, así considerados, una correspondiente idea de democracia.

² La aguda pugna entre constitucionalismo y democracia tras la Segunda Guerra Mundial es breve, si bien incisivamente, descrita por P. COSTA, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, pp. 40-48.

exigencias cardinales respecto al contenido y a la estructura del sistema jurídico: los derechos fundamentales y la democracia”³.

Hoy, la expresión “crisis de la democracia” aparece con altísima frecuencia en la literatura politológica y jurídica mundial. Circunscritos al contexto italiano de los estudios filosófico-jurídicos y filosófico-políticos de los últimos tres años, encontramos contribuciones cuyos títulos lanzan un grito de angustioso peligro. Marina Lalatta Costerbosa habla de “democracia asediada”⁴; Geminello Preterossi se pregunta sobre “aquello que queda de la democracia”⁵; los filósofos de la política dedican su Congreso nacional de 2013 a la “crisis de la democracia”⁶; un famoso lingüista, Raffaele Simone, reconstruye “cómo fracasa la democracia”⁷; Nadia Urbinati describe una “democracia desfigurada”⁸. Es sólo una pequeña muestra que puede enriquecerse fácilmente con otros títulos, ya por sí elocuentes, tanto en el ámbito nacional como en el ámbito internacional⁹.

La literatura del siglo XX nos había, en realidad, acostumbrado desde el inicio del siglo, al tratamiento, repetido y alternado, de dos temas: la inevitabilidad de la democracia y la crisis de la democracia. También aquellos que alimentaban sentimientos autoritarios se sentían en la obligación de oponerse al ideal democrático “con una reverencia cortés o al amparo de una estudiada máscara de terminología democrática”. Así escribía Hans Kelsen, en el fulgurante comienzo de la primera edición, 1920, de *Vom Wesen und Wert der Demokratie*¹⁰, reproducido también en la edición de 1929. Democracia como un lugar común político, por tanto, del cual no se puede huir. Pero, precisamente en cuanto lugar común, es un nombre tendencialmente vacío que necesita continuas redefiniciones en relación con las convulsiones sociales y las revoluciones políticas que dan contenidos diversos a la concreta e histórica

³ R. ALEXY, *La natura del diritto. Per una teoria non-positivistica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 55.

⁴ M. LALATTA COSTERBOSA, *La democrazia assediata. Saggio sui principi e sulla loro violazione*, DeriveApprodi, Roma, 2014.

⁵ G. PRETEROSSO, *Ciò che resta della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

⁶ *Crisi della democrazia*, a cura di Laura Bazzicalupo, Mimesis, Milano-Udine, 2014.

⁷ R. SIMONE, *Come la democrazia fallisce*, Garzanti, Milano, 2015.

⁸ N.URBINATI, *Democrazia sfigurata. Il popolo fra opinione e libertà*, Università Bocconi Editore, Milano, 2014.

⁹ Para una visión de conjunto, reenvío al capt. XI, “La democrazia tra crisi e trasformazione”, de S. PETRUCCIANI, *Democrazia*, Einaudi, Milano, 2014, pp. 214-232.

¹⁰ H. KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, trad. de la segunda edición alemana por R. Luengo Tapia y L. Legaz Lacambra, Labor, Barcelona, 1934, p. 11.

expectativa de democracia. De aquí una fisiológica “crisis” de la democracia, en cuanto forma de gobierno que debe reflejar sentimientos, expectativas y necesidades de sujetos empeñados en la construcción de su historia y, por tanto, absorbidos en el tiempo que cambia hábitos, cuerpos y mentes de los hombres. Frente a la identidad igual a sí misma de los regímenes teológicos, tiránicos y autoritarios, la democracia, como autonomía, está destinada a estar siempre en crisis ya que lleva en su interior el desenvolverse en el tiempo de la vida de los hombres que quieren decidir sobre sí mismos. De aquí una necesaria –y vital– inestabilidad definitoria.

Hoy permanece la sensación de una inevitabilidad de la democracia, quizás reforzada por la constatación de que “al menos la mitad de la humanidad vive en un régimen democrático (más de mil millones sólo en la India), y de la otra mitad una buena parte aspira en cualquier caso a vivir en una democracia, aunque no vivan en ella”¹¹. La “crisis de la democracia” de la que se habla hoy, me parece, sin embargo, que tiene rasgos diferentes a las acostumbradas “crisis” del siglo XX, a menudo dramáticas en sus consecuencias autoritarias. Estas crisis indicaban generalmente un conflicto con una forma de gobierno antagonista, conflicto que culminaba en una derrota para los gobiernos de inspiración democrática. Si bien la democracia mantenía su identidad “polémica” hacia regímenes autoritarios y tiránicos, no se discutía su posibilidad de ser una forma política de la sociedad. Creo que en los textos antes citados surge, al contrario, una duda, por decirlo así “definitiva” y no “definitoria”. Ya no existen las condiciones de existencia para una forma de gobierno democrático. Utilizando una fórmula ya famosa, puede decirse que las sociedades complejas constituyen un “terreno inhóspito” para la democracia. Todos podemos intuir fácilmente a qué se hace referencia. La financiarización de la economía, la aceleración del tiempo a escala global, el impulso de la agresividad supranacional que surge de la globalización, la transformación de la esfera pública por la debilidad de los medios tradicionales. Alessandro Ferrara nos ha ofrecido un precioso inventario de estas “condiciones de inhospitalidad”, que se añaden a las identificadas por Frank Michelman en los años ochenta-noventa del siglo XX¹².

¹¹ A. FERRARA, “La democrazia fra crisi e trasformazione”, en *Crisi della democrazia*, cit., p. 273.

¹² *Ivi*, pp. 274-280. Michelman se centró en la inmensa extensión del cuerpo político en las sociedades modernas, en la complejidad de la articulación institucional, en el anonimato de los procesos de formación de la voluntad política y en el carácter irreductible del pluralismo cultural, irreductibilidad acentuada por los fenómenos de migraciones de masa y de ra-

Obviamente se puede reaccionar frente a estas “condiciones inhóspitas” o, por lo menos, no considerarlas “condiciones insuperables” sino más bien “insidias” contra la democracia –como hace Marina Lalatta Costerbosa– que, en tanto potencialmente letales, pueden ser neutralizadas gracias a la implementación de un paradigma constitucionalista centrado en la visión del Derecho como límite frente a la fuerza¹³.

Hemos llegado así a la cuestión que quería plantear. Dado el vínculo entre democracia y Estado constitucional de Derecho, ¿la crisis de la democracia es también crisis del Estado constitucional de Derecho? ¿Se trata del mismo fenómeno visto desde dos puntos de vista diferentes o de dos fenómenos distintos? La respuesta que voy a sugerir defraudará a muchos. Considero que una de las razones de la crisis actual de la democracia reside precisamente en la adopción general de la forma político-jurídica del Estado constitucional de Derecho con la consiguiente hipertrofia de las modalidades “jurídicas” de constitución y conducción de las relaciones sociales y de las respectivas respuestas políticas.

La crisis actual de la democracia indudablemente está en relación con el movimiento de la globalización en todos sus aspectos. La financiarización de la economía, el triunfo de un liberalismo salvaje con sus modelos pedagógicos de competitividad exasperada y de agresividad interpersonal, la homologación telemática de la comunicación con sus mecanismos de inclusión/exclusión, la inalcanzable lejanía e impenetrable oscuridad de los centros de decisión con el poder de determinar los destinos laborales y humanos de grandes masas de individuos, designan ciertamente un modo de vivir en sí, o una modalidad política muy diversa a cualquier significado de democracia. Quizás estas grandes masas de individuos son así necesariamente integradas en las nuevas modalidades de existencia globalizada como para no

dicalización religiosa. Vid. F. MICHELMAN, *How the People Ever Make the Laws? A Critique of Deliberative Democracy*, en J. BOHMAN, W. REHGS (eds.), *Deliberative Democracy*, MIT Press, Cambridge, 1997.

¹³ Cfr. M. LALATTA COSTERBOSA, *La democrazia assediata*, cit., pp. 76-80. La autora enumera seis “insidias” que ponen “en jaque mate” la democracia. Son identificadas en relación con seis imágenes del hombre: el hombre económico, el hombre tecnológico, el hombre heterodirigido, el hombre sin valor, el hombre discriminado, el hombre ofendido. En tales ámbitos se delinearán los efectos negativos de la omnipresencia del neoliberalismo, de la privatización de la esfera pública, del dominio tecnológico, de la retórica populista, del falso mito de la meritocracia, de la desvaloración del trabajo, factores que concurren a la realización de una sociedad dominada por estrategias de marginalización y discriminación.

poder imaginar modalidades alternativas de vida en común; han perdido la percepción del gusto de la autonomía, contentándose con ser situados en espacios de participación efímeros e ilusorios y de ocupar, inevitablemente, cualquier puesto capaz de asegurar una supervivencia estrecha. Asume así lamentablemente un valor real una bella frase de Robert Alexy: “Si no hay un número suficiente de personas que quieren la democracia, nadie podrá salvarla”¹⁴.

Este proceso de globalización tiene como condición y, al mismo tiempo, como consecuencia el desmantelamiento del aparato material e ideológico del Estado soberano. Bien visto, no obstante, caen sólo algunas columnas del Estado soberano del novecientos, y no otras. Caen sobre todo las manifestaciones de soberanía ligadas a las gestión de un Estado social conquistado y, con ellas, se pierden aquellas posibilidades de democracia real ejercidas por individuos que no pueden ser chantajeados en sus condiciones de existencia. La educación escolar, la asistencia sanitaria, la previsión laboral, la gestión pública de bienes y servicios esenciales son implacablemente reducidos para asegurar un ingente beneficio en manos privadas, dejando a los individuos cada vez más indefensos en el mercado internacional del trabajo. No cae, al contrario, la que era considerada con razón, al final de la Segunda Guerra Mundial, como la característica más funesta del Estado soberano, su capacidad bélica. Ésta prospera, justificada y utilizada en el seno de coaliciones internacionales que no logran esconder una originaria vocación imperialista.

Paradójicamente, la globalización y el Estado constitucional de Derecho han elegido como adversario el mismo Estado soberano, si bien con intentos completamente diferentes. El modelo del Estado constitucional de Derecho, en la segunda mitad del siglo XX, ha intentado reconducir a los poderes públicos internos hacia el respeto de los derechos fundamentales, evitando todo abuso a través de un Derecho antes plenamente disponible por parte del Estado soberano y ahora vinculado por la adhesión de los nuevos principios constitucionales. La globalización, por el contrario, ha intentado reducir toda influencia del Estado soberano, para liberarse de un peligroso competidor y para no encontrar obstáculos en su expansionismo económico y político. Allí, una reducción de las dinámicas de poder, aquí la sustitución de un poder por una amplia constelación de poderes. Los dos procesos, si bien distintos, se entrecruzan, con efectos a menudo perversos. Los que han

¹⁴ R. ALEXY, *La natura del diritto. Per una teoria non-positivistica*, cit., p. 59.

sucumbido han sido los nobles fines del constitucionalismo. La globalización ha aprovechado al máximo el debilitamiento de la esfera pública interna en el Estado soberano, tras la introducción del modelo constitucionalista; la ideología constitucionalista no ha conseguido, por el contrario, difundirse en una, aún imperfecta, esfera pública internacional e introducir un germen de igualdad y de justicia en la regulación del sistema económico mundial. La fragilidad de un constitucionalismo planetario, compuesto de retóricas declamaciones de principios y de farragosos mecanismos institucionales, aparece evidente frente a una triste realidad de desigualdades y sufrimientos. En términos de crisis de la democracia, ello se puede traducir, por una parte, en un terrible déficit de democracia a nivel de las prácticas y de las instituciones políticas internacionales y, por otra, en la disminución del peso específico de las prácticas democráticas internas, las únicas verificables a través de la legitimidad procedimental pero, lamentablemente, redimensionadas en su eficacia social por las repercusiones internas de los procesos políticos internacionales.

Una medida de esta desfavorable cualidad y de las consecuencias desfavorables para el Estado constitucional de Derecho es la ofrecida por la diferente posición mantenida por el proceso de globalización y por el proceso constitucionalista interno hacia las instituciones del Estado social y los derechos sociales, rechazados, en la globalización, como elementos de perturbación del orden del mercado e insinuadores de políticas fiscales represivas y defendidos, por los defensores convencidos del Estado constitucional de Derecho, como insuprimibles apoyos y garantías de la dignidad humana¹⁵. Diría que el actual y general retroceso de las políticas de defensa de los derechos sociales y la ambigüedad de las sentencias al respecto de los tribunales de justicia nacionales y europeos muestran, de manera clara, qué parte de la balanza pesa más en este tema¹⁶.

Existen, por tanto, movimientos compuestos y no lineales en el perfil actual de la relación entre Estado constitucional de Derecho y democracia. Es necesario, no obstante, descender a un nivel más profundo, constitutivo de esta relación. La democracia que se casa con el Estado constitucional de

¹⁵ Vid al respecto el lúcido discurso de F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Rivendicando i diritti sociali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.

¹⁶ Sobre la Unión Europea reenvío a las observaciones de G. AZZARITI, "Legislatore e giudice nella protezione dei diritti fondamentali. Il caso dell'Unione Europea", *Parolechiave*, num. 53, 2015, *Giustizia*, pp. 97-107.

Derecho es una democracia ya reducida, kelsenianamente, a un modo de producción determinado del ordenamiento jurídico, es una forma jurídica¹⁷. La posterior inserción de un elemento referido al contenido, el respeto del sistema de los derechos humanos presentados como derechos fundamentales, se representa siempre dentro de una dimensión jurídica, de una dimensión jurídica positiva. La esencia de la democracia es considerada, en última instancia, en la autonomía jurídica en la senda de los derechos fundamentales. La democracia sería un conjunto de reglas y de metareglas capaz de asegurar una vida individual y social relativa pero suficientemente libre y digna, protegida de los abusos de poder, acosos sociales y enormes manifestaciones de violencia. Las reglas jurídicas son los contenedores de los valores democráticos, proveen a la aplicación/realización de aquellos valores en las situaciones generales y particulares, son los guardianes armados que los defienden contra cualquier veleidad de prevaricación. En definitiva, el antiguo discurso del gobierno de las leyes en defensa de la libertad de hombres iguales. El modelo del Estado constitucional de Derecho incorpora el máximo nivel de confianza en el Derecho como generador de democracia.

¿Es una confianza bien correspondida? Creo que es lícito plantearse esta pregunta frente a la intensificación paroxística de algunos elementos de la práctica jurídica que mal se concilian con algunas exigencias democráticas elementales. En sus tantas definiciones, la democracia no puede prescindir de una idea de participación, de compromiso de los ciudadanos comunes en la formación y conducción de la esfera pública. La juridificación de la vida democrática llevada a cabo por el Estado constitucional de Derecho comporta barreras difícilmente superables. Las reglas jurídicas, que deberían disciplinar una vida social orientada políticamente por la democracia, son infinitas, incomprensibles, oscuras, sepultadas en inmensos conjuntos de disposiciones normativas de todo tipo y grado. De instrumentos al servicio de individuos bien intencionados a la hora de conducir correctamente su vida social han pasado a ser entidades independientes e incontrolables que dominan al ciudadano común. Para tales reglas vale la metáfora del aprendiz de brujo, representativa de los caracteres de la modernidad. Constituyen un Derecho alienado, extraño para el sujeto que lo ha creado, contra el que se rebela cruelmente. Estoy intentando delinear el

¹⁷ Mi permito reenviar a mi "Democrazia e diritto", *Parolechiave*, num. 43, 2010, *Democrazia*, pp. 61-70.

cuadro de un Derecho que de baluarte del poder político se ha transformado en esfera autónoma del poder, con su lenguaje iniciático, sus dogmas, sus ritos, sus sacerdotes. En definitiva, un Derecho extremadamente tecnificado y profesionalizado.

Un vistazo a cuanto nos rodea no nos ofrece señales alentadoras. Tampoco los estudiosos más comprometidos con el diseño de una esfera pública internacional como lugar de actuación jurídica de una democracia basada en el respeto a los derechos pueden no estar de acuerdo en la problemática incumbencia de un Derecho deforme: “(...) El lenguaje legal –dice Luigi Ferrajoli– cada vez es más oscuro, confuso, tortuoso y a veces contradictorio y (...) los textos legales transformados en complicados e interminables laberintos, cargados de reenvíos a otros textos normativos, de formulaciones polisémicas, de neologismos a veces incomprensibles y de divagaciones sobre el incierto estatuto prescriptivo”¹⁸. En estos oscuros laberintos se pueden mover sólo los celosos poseedores de un saber especial, en ocasiones ultraspecializado, que constituyen el cerrado círculo de los juristas, de cuyos servicios sólo pueden gozar unos pocos.

A ello se suma un segundo aspecto, referido al sistema de las fuentes. La inflación normativa de todo orden y grado ya no consiente la identificación de un sistema jerárquico-vertical monolítico de las fuentes del Derecho. Las fuentes del Derecho se multiplican en número y se complican sus relaciones internas de manera que se hace muy difícil su representación en sentido vertical. Resulta más eficaz a efectos cognoscitivos la imagen de una red horizontal, de inmensas dimensiones, de fuentes jurídicas. El reconocimiento de un acto, de un documento normativo como fuente de Derecho y el reconocimiento de su específica relevancia no serán, en consecuencia, simple constatación de un dato evidente, el grado jerárquico de la fuente en función de la autoridad que la crea, sino que se evidenciarán como el resultado de una operación interpretativa, llevada a cabo por actores llamados a tomar parte en el proceso aplicativo del Derecho (órganos de aplicación, abogados, juristas) que individualarán *activa* y no *pasivamente* el acto, el documento normativo en cuestión como fuente. Lo ha expresado bien Giorgio Pino: “Las relaciones jerárquicas entre fuentes o entre normas, y la identificación misma de un acto como «fuente», están determinadas de

¹⁸ L. FERRAJOLI, *Iura Paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, a cura di Dario Ippolito e Fabrizio Mastromartino, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 79 (trad. de F. J. Ansuátegui).

modo preponderante por las actividades interpretativas (in senso lato) de los juristas y de los órganos de aplicación”¹⁹. No es la posición en el sistema de fuentes la que determina la importancia de una fuente o de una norma sino la referencia llevada a cabo por el intérprete a jerarquías estructurales, materiales, axiológicas. La interpretación se dilucida como una elección donde el intérprete lleva a cabo una selección, argumentativamente justificada, a partir de una oferta jurídica global, capaz de satisfacer exigencias contrapuestas y, a menudo, inconfesables.

Oscuridad de los enunciados normativos por vía de una hipertecnificación del lenguaje jurídico pero también por un sadismo lingüístico de los sujetos normativos, inflación de las fuentes y de las normas, disgregación del sistema jerárquico-vertical de las fuentes del Derecho. Estos caracteres emergen de una descripción sociológico-jurídica del Derecho contemporáneo pero no son una característica sólo del Derecho contemporáneo. Desde el siglo XIX es posible identificar los síntomas preocupantes de la expansión de una oscuridad del lenguaje jurídico y del proceder de una inflación normativa²⁰. Casi se podría deducir que estamos en presencia de defectos genéticos del Derecho de la modernidad. Las dimensiones actuales de estos fenómenos son, no obstante, inéditas e incomparables a las de épocas precedentes²¹. Ello es certificado por el cambio de significado de un concepto, el de la certeza, que ha revestido un papel central en la teoría y en la política del Derecho.

Nadie puede sostener, con un mínimo de buen sentido, que los fenómenos anteriormente señalados no influyan negativamente en la percepción de certeza (*Rechtssicherheit*) y en la misma teorización del concepto de certeza del Derecho. A pesar de que el realismo kelseniano haya desvelado la ficción de la certeza del Derecho, definida como un dogma, y el equipaje de ilusiones ideológicas vinculadas a dicho dogma²², la certeza del Derecho ha formado parte de las expectativas democráticas que han sido asumidas por

¹⁹ G. PINO, *Interpretazione e “crisi” delle fonti*, Modena, Mucchi, 2014, p. 8 (traducción de F. J. Ansuátegui).

²⁰ El paso histórico-teórico del ideal iluminista de claridad de la norma a la presunción decimonónica de racionalidad de la legislación es bien descrito por M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 27-47.

²¹ Tanto como para poder hablarse apropiadamente de “ordenamiento enloquecido”. Cfr. *ivi*, p. 23.

²² Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 1. Auflage 1934, hrgb. von Matthias Jestaedt, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 109.

el Derecho de la modernidad. Sin certeza se reducen las *chances* del garantismo en el Derecho penal, de previsibilidad de la acción social, de tutela de la confianza. La certeza que emana del Derecho codificado le sirve al soberano para modelar el comportamiento de súbditos y funcionarios según los tipos normativos comunicados y sirve a los ciudadanos para comportarse normativamente sin temor a sufrir consecuencias arbitrarias. Certeza que sería decir posibilidad de conocimiento y de comprensión del mensaje jurídico por parte de todos los ciudadanos, al menos de la parte alfabetizada de la ciudadanía, apertura del lenguaje jurídico a quien hubiera querido ser consciente de sus propios derechos y deberes. En definitiva, la idea de certeza del Derecho contenía un hilo de participación democrática de los ciudadanos en la experiencia jurídica, incluida la potencialidad de expresar una reserva interior hacia los contenidos de un mensaje considerado atendible. Al menos así habría debido ser sin las profanadoras revelaciones kelsenianas. Pero, ¿cuál es el grado de seguridad social inspirado hoy por un gigantesco conjunto de normas oscuras, provenientes de las más recónditas autoridades reguladoras y accesibles sólo a través de la mediación profesional de operadores especializados?

El modelo del Estado constitucional de Derecho responde a estas patologías de la comunicación jurídica, desplazando la exigencia de certeza de operar con las normas a la obligación de operar con los principios jurídicos. La certeza no es un requisito exigible a las normas concretas o a un conjunto de normas en términos de cognoscibilidad e inteligibilidad del precepto, sino un requisito del ordenamiento jurídico –entendido ahora como sistema de normas pero también como “institución”, organización social– que genera certeza cuando se atiende a los valores de justicia expresados en sus principios constitucionales. La certeza se convierte, por tanto, en “certeza axiológica”²³. Un tránsito perfectamente en línea con la conexión necesaria entre Derecho y moral que hace de eje director de la concepción constitucionalista y neoconstitucionalista. Un tránsito, no obstante, que no protege al individuo concreto o a una multitud de individuos de ser pesadamente investidos por un número muy elevado de prescripciones, obligaciones y exigencias articuladas a través de disposiciones complejas y oscuras, que pueden ser descifradas sólo gracias a costosas mediaciones profesionales.

La certeza axiológica reduce la inseguridad generada por el mensaje normativo oscuro y reduce, también, la inseguridad generada por la ampliación

²³ Cfr. V. OMAGGIO, *Saggi sullo stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 66.

de la naturaleza creativa de la interpretación de los órganos de aplicación y de los operadores jurídicos en su obra de construcción de nuevas jerarquías de las fuentes. También aquí la certeza axiológica tiene un poder salvífico en relación con la incerteza de las instancias intermedias. Pero, recurriendo a una metáfora, existe una gran diferencia entre la certeza axiológica del Derecho y la certeza que es exigida por el ciudadano común para navegar, tranquila si no autónomamente, en el tumultuoso mar de las normas y de los procedimientos jurídicos. La certeza axiológica puede ser un faro, pero el mar sigue tempestuoso.

A menudo el neoconstitucionalismo ha sido acusado de incurrir en una visión iusnaturalista, una acusación avalada por las afirmaciones sobre la similitud entre principios de Derecho natural y principios constitucionales llevadas a cabo por algunos autores –pienso, en Italia, en Gustavo Zagrebelsky²⁴– que bien pueden considerarse neoconstitucionalistas. El recurso a la moral y, por tanto, a una certeza axiológica para resolver los problemas terrenales de la incerteza del Derecho actual me recuerda mucho a los mecanismos de legitimación de lo existente del pensamiento iusnaturalista conservador. La moral no es medida crítica de un Derecho a reformar, sino criterio interno de justificación de cuanto es producido por las autoridades jurídicas. No es el Derecho el que debe elevarse hacia una corrección moral, sino la corrección moral la que debe encontrarse inserta en un ordenamiento jurídico²⁵. Para decirlo con pocas palabras, ¿moralización del Derecho o juri-

²⁴ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, epílogo de G. Peces-Barba, Trotta, Madrid, 1995, pp. 109-130. Vid. en p. 119: “En presencia de los principios, la realidad expresa valores y el derecho funciona como si rigiese un derecho natural. De nuevo, y ahora por un motivo atinente al igual modo de operar y no a la igualdad de contenidos, el derecho por principios encuentra el derecho natural”.

²⁵ Obviamente cuanto he dicho simplifica, de manera excesiva, la complejidad de la relación entre Derecho y moral tal y como emerge de la discusión filosófica e iusfilosófica actual y, en muchos puntos, presupone argumentaciones generalmente no compartidas. Y sin embargo pueden encontrarse argumentos en apoyo de cuanto dejo entrever aquí también en contextos teóricos orientados hacia la complementariedad entre el Derecho y la moral. Me refiero al conocido pasaje habermasiano sobre la “exoneración” individual de las cargas cognitivas de una formación en primera persona del juicio moral: “El sistema jurídico quita a las personas jurídicas, consideradas éstas en su papel de destinatarios, el poder de definición en lo tocante a los criterios de enjuiciamiento de lo que es justo e injusto. Desde el punto de vista de la complementariedad de derecho y moral, el procedimiento parlamentario de producción legislativa, la praxis institucionalizada de las decisiones judiciales y el trabajo profesional de una dogmática jurídica que precisa las reglas y sistematiza las decisiones, significan para el individuo un alivio y descarga frente a las cargas cognitivas que representa para él el tener que

dificación de la moral? Creo que para muchos constitucionalistas y neoconstitucionalistas la conexión necesaria entre Derecho y moral se resuelve en la segunda opción, con una fuerte connotación absolutoria para los aspectos escandalosamente antidemocráticos de la experiencia jurídica de nuestros días.

FRANCESCO RICCOBONO
Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Napoli Federico II
Via Porta di Massa 32
80133 Napoli (Italia)
e-mail: francesco.riccobono@unina.it

formarse sus propios juicios morales”, J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, p. 181. Para un análisis en profundidad de la cuestión, vid. F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 80-89.