

PAU LUQUE

**DE LA CONSTITUCIÓN
A LA MORAL**

**Conflictos entre valores
en el Estado constitucional**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
AGRADECIMIENTOS	15
INTRODUCCIÓN	19
1. ¿QUÉ ES LA DIMENSIÓN ÉTICO-SUSTANTIVA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO CONTEMPORÁNEO?	19
2. ¿A QUÉ SE HACE REFERENCIA CUANDO SE HABLA DE LA ESTRUCTURA DE LA DIMENSIÓN ÉTICO-SUSTANTIVA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO CONTEMPORÁNEO? ...	25
3. ¿QUÉ ES UNA EXPLICACIÓN O HIPÓTESIS DE RECONSTRUCCIÓN DE LA DIMENSIÓN ÉTICO-SUSTANTIVA?	27
4. DOS CUESTIONES FUNDAMENTALES Y LOS CRITERIOS DE ELECCIÓN ENTRE TEORÍAS EN COMPETICIÓN	33
5. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN	34
CAPÍTULO I. LA DIMENSIÓN ÉTICO-SUSTANTIVA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL: MODELOS EXPLICATIVOS	37
1. INTRODUCCIÓN	37
2. MODELOS NO CONFLICTUALISTAS	38
2.1. Primer modelo: modelo minimalista	38
3. MODELOS CONFLICTUALISTAS	43
3.1. Segundo modelo: el modelo irenista	51
3.2. Tercer modelo: el modelo particularista	53

	Pág.
4. ¿HAY ESPACIO PARA OTRO MODELO ENTRE EL IRENISMO Y EL PARTICULARISMO?.....	54
4.1. Cuarto modelo: el modelo pluralista dilemático.....	55
5. MODELOS RELEVANTES.....	56
6. UNA ESTRATEGIA HOLÍSTICA.....	57
CAPÍTULO II. IRENISMO.....	59
1. PRESENTACIÓN.....	59
2. OBJECCIÓN DE LA INCOHERENCIA.....	61
3. OBJECCIÓN DE LA INESTABILIDAD.....	67
4. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.....	78
CAPÍTULO III. PARTICULARISMO.....	81
1. PRESENTACIÓN.....	81
2. OBJECCIÓN DEL HECHO NORMATIVO BRUTO.....	83
3. OBJECCIÓN A LA OBJECCIÓN DEL HECHO NORMATIVO BRUTO ..	86
4. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.....	93
CAPÍTULO IV. PLURALISMO DILEMÁTICO.....	95
1. PRESENTACIÓN.....	95
2. OBJECCIÓN DE LA IRRACIONALIDAD.....	103
3. ¿CÓMO CONOCEMOS CUÁL ES EL CONJUNTO CERRADO DE PRINCIPIOS O VALORES MORALES? OBJECCIÓN DE LA CLAU-SURA.....	114
4. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.....	116
5. EPÍLOGO. CONFLICTOS PRÁCTICOS Y ELECCIONES PLURA-LISTAS EN RAZ.....	117
CAPÍTULO V. LA CUESTIÓN METAÉTICA.....	125
1. RELEVANCIA DE LA CUESTIÓN METAÉTICA.....	125
2. DOS GRANDES FAMILIAS.....	126
3. REALISMO MORAL.....	127
3.1. Realismo naturalista y realismo antinaturalista.....	128
3.2. Reductivismo y antirreductivismo. El argumento de la superve-niencia.....	131

	Pág.
4. ANTIRREALISMO	135
4.1. Primer antirrealismo	135
4.2. Segundo antirrealismo	137
5. <i>TERTIA DANTUR?</i>	139
5.1. Constructivismo ético	140
5.2. Realismo interno (o Dworkinismo)	142
CAPÍTULO VI. METAÉTICA VERSUS IRENISMO, PARTICU- RISMO Y PLURALISMO DILEMÁTICO	145
1. PRESENTACIÓN	145
2. METAÉTICA <i>VERSUS</i> IRENISMO	147
3. METAÉTICA <i>VERSUS</i> PARTICULARISMO	154
4. METAÉTICA <i>VERSUS</i> PLURALISMO DILEMÁTICO	159
5. RECAPITULACIÓN	163
CAPÍTULO VII. LA CUESTIÓN DE LOS DESACUERDOS	167
1. DESACUERDOS JURÍDICOS Y DESACUERDOS MORALES (EN EL DERECHO)	167
2. DESACUERDOS INTACHABLES	169
3. ¿DESACUERDOS INTACHABLES EN RELACIÓN CON EL CON- TENIDO ÉTICO-SUSTANTIVO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO DE DERECHO?	174
CAPÍTULO VIII. CONCLUSIONES	181
1. RECAPITULACIÓN	181
2. CONCLUSIÓN	183
BIBLIOGRAFÍA	185

INTRODUCCIÓN

En este trabajo se explora cuál es la mejor explicación de la estructura de la dimensión ético-sustantiva del Estado constitucional de derecho contemporáneo.

La afirmación anterior hace surgir, probablemente de forma inmediata, dos perplejidades: ¿Qué es la dimensión ético-sustantiva del Estado constitucional de derecho contemporáneo? y ¿a qué se hace referencia cuando se habla de la estructura de tal dimensión? Presentaré a continuación ambas cuestiones.

1. ¿QUÉ ES LA DIMENSIÓN ÉTICO-SUSTANTIVA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO CONTEMPORÁNEO?

La dimensión ético-sustantiva consiste en el conjunto de derechos, principios y valores éticos que encontramos en los ordenamientos jurídicos constitucionales de los Estados de derecho contemporáneos ¹.

¿Pero en qué sentido los «encontramos»?

Algunas disposiciones jurídicas, constitucionales o de rango inferior, remiten o reenvían a derechos, principios o valores éticos o morales ². Este reenvío debe ser entendido de la siguiente manera: «La

¹ CELANO, 2009: 258-259.

² A no ser que se indique lo contrario, en todo el trabajo usaré indistintamente «ética» y «moral». Soy consciente de que en la literatura especializada tales términos no son siempre usados como sinónimos. Sin embargo, y esto constituye una estipulación o redefinición para los fines de este trabajo, yo entenderé en lo que sigue que se trata de términos intercambiables.

identificación del contenido (la comprensión) de las disposiciones relevantes y su aplicación a casos genéricos o individuales requiere, en algunas ocasiones, el recurso a consideraciones y argumentaciones morales sustantivas»³.

Tal dimensión se acomoda, sobre todo, en algunas de las disposiciones contenidas en las cartas constitucionales. Esto se ve de manera particularmente clara en aquellas constituciones —sobre todo europeas u occidentales— promulgadas y aprobadas en el transcurso de la segunda posguerra mundial. Sin embargo, este rasgo también se puede encontrar en otras disposiciones de rango inferior: piénsese, a título de ejemplo, en algunas disposiciones del Código Civil español que establecen que «la buena fe se presume»⁴. La identificación del contenido de estas disposiciones y también su aplicación exige desarrollar argumentos o razonamientos morales sustantivos.

Pero aunque lo último es cierto no lo es menos que, a partir del denominado proceso de constitucionalización —que a continuación explicaré—, la dimensión ético-sustantiva se ha desarrollado en, o como consecuencia de, aquellas disposiciones de rango constitucional que remiten o reenvían a derechos, principios o valores morales.

El proceso de constitucionalización⁵ que ha acentuado esta dimensión ético-sustantiva en los ordenamientos jurídicos constitucionales ha consistido en que el ordenamiento jurídico se ha visto permeado o impregnado por las normas de rango constitucional. Las condiciones o factores necesarios para que se haya dado tal proceso de impregnación son los siguientes⁶:

- i) Una constitución *larga* que no se ocupe únicamente de regular la organización de los poderes públicos, sino que también albergue disposiciones que confieran derechos, principios sustantivos y principios programáticos. En otras palabras, una constitución que vaya más allá de la mera regulación estructural del Estado y del entramado institucional del mismo.

³ CELANO, 2009: 255-256.

⁴ Se trata del art. 7.1 del Código Civil español. Otro ejemplo claro en este sentido lo constituiría el art. 1.206 del Código Civil argentino, que establece el carácter no vinculante de los contratos que fuesen inmorales.

⁵ El término «constitucionalización», además del significado al que yo haré referencia en el texto, puede tener al menos otros dos significados: por un lado, puede designar la introducción de una primera constitución escrita en un ordenamiento que hasta ese momento carecía de ella; por otro, puede designar el proceso histórico-cultural que se ha dado en algunos Estados entre los siglos XVI y XVII, y que ha culminado con un cambio en las relaciones jurídicas entre súbditos y soberano (tal proceso no tiene por qué terminar necesariamente en una constitución escrita; el ejemplo seguramente paradigmático de tal fenómeno lo constituye Inglaterra, Estado en el cual se dio el cambio de relaciones jurídicas entre súbditos y soberano, pero tal cambio no desembocó —todavía ahora— en una constitución escrita) (GUASTINI, 2011: 195).

⁶ Sigo aquí a GUASTINI, 2011: 196 y ss.

- ii) Una constitución escrita y *rígida*. Este rasgo es el que permite hablar de disposiciones constitucionales entendidas como disposiciones de un rango jerárquicamente superior al resto de disposiciones legislativas. Al ser una constitución rígida, a diferencia de disposiciones jerárquicamente inferiores, sus disposiciones —algunas de las cuales, como he dicho, reenvían a derechos, principios o valores morales— son difícilmente derogables, lo que confiere todavía más fuerza y visibilidad a esa dimensión ético-sustantiva.
- iii) *Control jurisdiccional* de constitucionalidad. Para que se dé tal proceso de constitucionalización es necesario que tal constitución esté garantizada no sólo en el sentido formal de su rigidez, sino también en el sentido de que el resto de leyes promulgadas por los diferentes órganos legislativos no violen precepto constitucional alguno. Para conseguir esto, generalmente, los ordenamientos jurídicos contemporáneos prevén un órgano jurisdiccional que ejerce esta labor de garantía y cuya decisión constituye la interpretación última de la constitución, en el sentido de que tales tribunales tienen la última palabra en lo que respecta a la aplicación de las disposiciones constitucionales.

Todas ellas son condiciones necesarias para que se pueda dar esa impregnación en el ordenamiento jurídico. Pero el proceso de constitucionalización tiene otros aspectos que influyen en la relevancia y contenido de esa dimensión ético-sustantiva.

A menudo se suele considerar, sin demasiada profundización teórica, que, en el seno de ese proceso de constitucionalización, las disposiciones constitucionales tienen fuerza vinculante. Pero en ocasiones se pone en duda, precisamente, que las disposiciones que remiten o reenvían a derechos, principios o valores morales sean normas jurídicas, vinculantes y eficaces, en sentido estricto o por lo menos en el mismo sentido en que sí lo son las disposiciones jurídicas de rango no constitucional. Como consecuencia, no está claro si son normas respecto de las cuales se puede decir que otras normas de rango inferior son incompatibles y, por otro lado, no constituyen, al menos formalmente, genuinas reglas de conducta. Todo ello ha llevado a algunas doctrinas a afirmar que las constituciones son poco menos que un panfleto o manifiesto político cuya interpretación, identificación de contenido y aplicación descansa en el legislador y no en los operadores jurídicos o jurisdiccionales⁷. Otras doctrinas han sostenido precisamente lo contrario: que las disposiciones constitucionales que reenvían a derechos, principios y valores morales tienen eficacia jurídica y sirven para invalidar leyes incompatibles con la misma constitución.

⁷ GUASTINI, 2011: 199-200. En GUASTINI, 2011: 200-201, se pueden encontrar argumentos (y algo de jurisprudencia italiana) que, de forma más detallada, profundizan en estas objeciones.

Aquí sería bueno diferenciar dos niveles de análisis: por un lado, el nivel conceptual y, por otro, el nivel sociológico. Respecto de este último, me parece una cuestión difícilmente discutible que los jueces y otros órganos de aplicación del derecho interpretan, identifican el contenido y aplican tales disposiciones cuando dictan sentencias. Desde este punto de vista, que la constitución sea o no un manifiesto político es, en algún sentido, irrelevante; los jueces, de hecho, *hacen* política o moral, si por *hacer* se entiende precisamente interpretar y aplicar tales disposiciones, ya que esto último requiere precisamente acudir a argumentos morales (o políticos).

Ahora bien, desde un punto de vista conceptual es cierto que encontramos algunas dificultades para afirmar que, sobre todo debido a su estructura formal, las disposiciones constitucionales tengan eficacia jurídica y que sean vinculantes. Pero creo que lo relevante no es esto último, sino que tanto si es el legislador como si lo es el juez uno de los dos concretizará y aplicará esas disposiciones; que sea mejor que lo haga el uno o el otro constituye una cuestión ético-normativa que no nos incumbe en esta sede. Lo que nos incumbe aquí es que, desde un punto de vista conceptual, la identificación del contenido y la aplicación de esas disposiciones exige el recurso a argumentos morales sustantivos. Dicho con otras palabras, cabe una objeción ético-normativa: no es bueno que los ordenamientos jurídicos remitan a principios o valores morales porque ello da al juez un poder que, en el imaginario jurídico heredado de la Ilustración, pertenece básicamente al legislador⁸. Sin embargo, no está entre los propósitos de este trabajo evaluar las razones a favor o en contra de que los jueces lleven a cabo esta tarea. Pero me parece que no puede haber objeción conceptual una vez el ordenamiento constitucional remite o reenvía a principios o valores morales y alguien, ya sea el juez o el legislador, debe interpretarlo y aplicarlo⁹.

⁸ Una manera similar de ver esta cuestión se encuentra desarrollada, de forma magistral, en LAPORTA, 2007. Para este autor los principios y valores —es decir, el proceso de constitucionalización— aumentan la incerteza del derecho, debido a la vaguedad con la que suelen estar formuladas las disposiciones jurídicas que contienen principios y valores, y no permite desarrollar los planes de vida del ciudadano. El remedio, según LAPORTA, sería prescindir de los principios y valores y dejar que sean sólo las llamadas reglas (esto es, aquellos estándares que prevén una determinada solución normativa para supuestos de hechos restringidos) los estándares que predominantemente conformen nuestros ordenamientos jurídicos.

⁹ Se podría replicar que, en realidad, si es el legislador el intérprete último de la constitución, entonces la dimensión ético-sustantiva pertenece a la esfera de lo político. Mientras que si lo es el juez, entonces la dimensión ético-sustantiva pertenece a la esfera de lo jurídico. Yo creo que trazar la línea es sumamente difícil y que probablemente el estatuto de las constituciones contemporáneas es complejo, en el sentido de que es político(moral)-jurídico. Sin embargo, se puede afirmar que los ordenamientos jurídicos contemporáneos hacen gala de una dimensión ético-sustantiva que se puede aislar conceptualmente —como yo estoy intentando hacer aquí—, pero tampoco hay que olvidar que se trata de derecho positivo, esto es, de estándares normativos positivizados. No todas las normas morales, ni todos los valores o principios, están positivizados en una constitución escrita. Precisamente por ello digo que las disposiciones constitucionales tie-

Un segundo aspecto notable del proceso de constitucionalización es el de la «sobreinterpretación» de la constitución. Se suele decir que las constituciones no pueden, por razones obvias, regular todas las vertientes políticas o morales de una sociedad. Esto quiere decir que hay un ámbito de la vida política y social que la constitución, teóricamente, no disciplina. Sin embargo, uno de los aspectos más llamativos del proceso de constitucionalización es el de intentar disciplinar, obteniendo del texto constitucional normas no previstas en el mismo, también ese espacio vacío de derecho *constitucional* en el que, por así decir, todas las conductas estarían permitidas. Ese espacio vacío de derecho constitucional no quiere decir que no pueda haber leyes de rango inferior que sí regulen estas materias; quiere decir que no hay disposiciones de rango constitucional que lo hagan. Pero la «sobreinterpretación» consiste precisamente en considerar que no hay ley que no sea susceptible del control jurisdiccional de constitucionalidad. En otras palabras, no hay cuestiones puramente políticas cuya resolución pertenezca de forma única y exclusiva al legislador, todas las cuestiones son susceptibles de pasar por el tamiz del control de legitimidad constitucional ¹⁰.

La «sobreinterpretación» de la constitución ha contribuido, desde luego, a la percepción de que los ordenamientos constitucionales contemporáneos tienen una dimensión ético-sustantiva. El «peligro» aparejado a la sobreinterpretación es pensar entonces que los ordenamientos constitucionales son, por así decir, unidimensionales, esto es, sólo tienen una dimensión, la dimensión ético-sustantiva ¹¹. A modo de premisa yo asumiré, sin embargo, que los ordenamientos jurídicos contemporáneos, a pesar de la constitucionalización de los mismos, son, para seguir con la idea, bidimensionales: tienen una dimensión jurídica y una dimensión ético-sustantiva. La dimensión jurídica no exige acudir a argumentos morales sustantivos para determinar el contenido de las disposiciones; la dimensión ético-sustantiva, en cambio, sí. Mi objeto de trabajo, sin embargo, se centrará en esta segunda dimensión.

Otro aspecto que ha contribuido a reforzar la idea de que los ordenamientos constitucionales tienen una dimensión ético-sustantiva es el de la aplicación directa de las normas constitucionales. Como dice GUASTINI: «En la concepción liberal clásica, la función de la constitución es limitar el poder político (estatal); se trata de la idea claramente

nen un estatuto complejo: son (o remiten a), en efecto, normas morales, pero con un rasgo que no tienen la totalidad de normas morales que «campan» por nuestro universo moral (ya sea éste objetivo o subjetivo): están positivizadas en disposiciones jurídicas.

¹⁰ GUASTINI, 2011: 203. Para algunos ejemplos de normas constitucionales no expresadas véanse los ejemplos, pertenecientes a la práctica jurisprudencial italiana, en GUASTINI, 2011: 203-205.

¹¹ De ser éste el caso, es decir, la constitución entendida de modo unidimensional-moral, sería totalmente acertada la expresión acuñada por BARBERIS al referirse al «imperialismo de la moral» que todo, incluido el ordenamiento jurídico, lo cubre (BARBERIS, 2000: 155).

expresada en el art. 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789¹²». Según este modo de ver las cosas, la constitución se ocupa de la regulación de las cuestiones estructurales del Estado. Pero en las últimas décadas se ha impuesto la tendencia según la cual, además de esta función, las constituciones también regulan las relaciones entre privados, en el sentido de que imponen o prescriben un determinado modelo de sociedad. A raíz de esta tendencia se ha considerado que las disposiciones constitucionales pueden ser aplicadas directamente —concretizando su contenido—, ya que ello permite precisamente la modelización de la sociedad, prescribiendo aquellas conductas que el Estado, por vía del juez constitucional, considera estimables y a las cuales los ciudadanos deben aspirar.

La dimensión ético-sustantiva del Estado constitucional no me parece del todo compatible con la concepción liberal clásica de la que habla GUASTINI. Que el Estado constitucional tenga una dimensión ético-sustantiva sólo es concebible si las normas constitucionales son de aplicación directa —interpretación o identificación del contenido mediante—. De lo contrario, estaríamos hablando de una dimensión vacía de contenido, y un trabajo como el que yo propongo aquí apenas tendría sentido (¿qué estructura puede tener un determinado espacio que está vacío más allá de la mera constatación de que está vacío?)¹³.

Otro aspecto notable del proceso de constitucionalización es el de la interpretación conforme a la constitución. Los textos normativos —por lo menos algunos textos normativos— expresan una multiplicidad de normas, esto es, pueden ser interpretados de diversas maneras¹⁴. El juez, como intérprete del texto normativo, debe entonces elegir entre una interpretación de ese texto normativo que desemboque en una norma compatible con la constitución o bien elegir una interpretación que sea incompatible con la constitución. En el primer caso se dirá que se trata de una norma constitucional, en el segundo se dirá que se trata de una norma inconstitucional y, por tanto, será invalidada¹⁵.

Con este aspecto ocurre algo similar a lo que ocurre con la aplicación directa de la constitución; es más, yo diría que la interpretación conforme a la constitución presupone precisamente la aplicación directa de las normas constitucionales. Por tanto, me parece que valen las mismas consideraciones formuladas al abordar aquel aspecto: si las disposiciones de rango no constitucional no fueran interpretadas conforme a

¹² GUASTINI, 2011: 206 (la traducción es mía).

¹³ Esta cuestión tiene otras vertientes, como, por ejemplo, la de si sólo los jueces constitucionales o también los ordinarios pueden aplicar las normas constitucionales. Véase GUASTINI, 2011: 207-209.

¹⁴ Esta afirmación depende, obviamente, de cuál sea la teoría de la interpretación (escéptica, intermedia o cognitivista) por la que se opte.

¹⁵ Para profundizar en esta cuestión véase GUASTINI, 2011: 210 y ss.

la constitución, entonces las disposiciones constitucionales que remiten o reenvían a valores o principios éticos serían, como a veces se dice, papel mojado o, como yo he dicho anteriormente, la dimensión ético-sustantiva carecería de contenido ¹⁶.

La constitucionalización del ordenamiento jurídico, que presenta los aspectos enumerados aquí, es un factor muy relevante para entender en qué consiste la dimensión ético-sustantiva del Estado constitucional de derecho contemporáneo. Ese proceso de impregnación, sobre todo en lo relativo a la aplicación e interpretación de las disposiciones constitucionales, es lo que ha dado contenido a esa dimensión ético-sustantiva.

Así pues, a modo de resumen de lo dicho anteriormente, la dimensión ético-sustantiva hace referencia a las disposiciones constitucionales (aunque no sólo) que remiten o reenvían a derechos, valores y principios éticos o morales, y para cuya interpretación y aplicación es necesario apelar a argumentos y razonamientos morales sustantivos.

2. ¿A QUÉ SE HACE REFERENCIA CUANDO SE HABLA DE LA ESTRUCTURA DE LA DIMENSIÓN ÉTICO-SUSTANTIVA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO CONTEMPORÁNEO?

La estructura de esa dimensión tiene en cuenta básicamente dos vectores: en primer lugar, ¿los ordenamientos jurídicos constitucionales albergan un único valor o tipo de derecho, o bien una pluralidad de ellos?; en segundo lugar, y presuponiendo que alberguen una pluralidad, ¿se da una armonía entre ellos o bien hay conflictos entre los mismos? Y, en este último caso, ¿se trata de conflictos aparentes, resolubles, irresolubles o trágicos?

No me ocuparé de examinar el contenido concreto de ese conjunto de derechos, principios y valores, que resultan característicos de los Estados constitucionales contemporáneos, sino más bien de sus rasgos estructurales o formales ¹⁷. Esto es, no me ocuparé de determinar cuáles son esos valores o principios —que, por lo demás, suelen ser más o menos los mismos en todos los ordenamientos jurídicos constitucionales occidentales contemporáneos—, sino que intentaré determinar la es-

¹⁶ Hay todavía un quinto aspecto en la lista ofrecida por GUASTINI, el de la influencia de la constitución en las relaciones políticas, que no abordaré aquí por las siguientes razones: en primer lugar, porque atiene sobre todo a las relaciones políticas, entendiéndolo por tal no los argumentos morales sustantivos aportados por los intérpretes del derecho, sino las relaciones de poder entre diversos agentes o entre diversos órganos o instituciones del Estado; en segundo lugar, porque, como el propio GUASTINI afirma, este «*aspetto non è facile da precisare*» (GUASTINI, 2011: 215) y me parece que trasciende los propósitos de este trabajo.

¹⁷ CELANO, 2009: 259.

estructura de tal conjunto poniendo atención a la manera en que se identifica el contenido de los mismos y en cómo se aplican. En otras palabras, me interesa clarificar, cuando acudimos a argumentos y razonamientos morales sustantivos para identificar el contenido y aplicar esas disposiciones constitucionales, cómo son tales razonamientos y con qué obstáculos se encuentran.

Los dos vectores de los que hablaba anteriormente constituyen los rasgos formales más destacados respecto de los cuales cualquier explicación deberá dar cuenta y se pueden plantear mediante tres cuestiones:

- i) ¿Monismo o pluralismo de derechos, principios o valores morales en el Estado constitucional?
- ii) En caso de pluralismo, ¿armonía o conflicto entre valores?
- iii) En caso de conflicto, ¿se tratará de conflictos aparentes, resolubles, irresolubles o trágicos?

Estas tres preguntas están, como veremos, interconectadas y, a veces, la respuesta a una presupondrá la respuesta a otra. Confío en que el resto del trabajo, y muy especialmente en los capítulos II, III y IV, muestre en qué sentido esto sucede.

En cualquier caso, el objetivo último de este trabajo es encontrar la explicación que mejor reconstruya la estructura de la dimensión ético-sustantiva del Estado constitucional. Dicho con otras palabras: se trata de formular la hipótesis de reconstrucción que dé cuenta de una manera más plausible de esos rasgos estructurales o formales.

Para ello presentaré tres modelos o hipótesis candidatos a la mejor explicación de la estructura de la dimensión ético-sustantiva del Estado constitucional.

Partiendo de un elegante trabajo de CELANO¹⁸ en el que presenta también tres modelos: minimalismo, irenismo y particularismo, yo, al igual que él, descartaré el modelo minimalista, pero añadiré un cuarto modelo a la propuesta de CELANO que denominaré «pluralismo dilemático» y que entrará a competir con irenismo y particularismo.

Estos modelos o hipótesis explicativas de reconstrucción de la mencionada dimensión responden diversamente a las cuestiones planteadas anteriormente. El objetivo último del trabajo, sobre la base de unos criterios de elección entre teorías rivales que enunciaré a continuación, es determinar cuál de ellas constituye la mejor explicación.

¹⁸ CELANO, 2009: 279.

3. ¿QUÉ ES UNA EXPLICACIÓN O HIPÓTESIS DE RECONSTRUCCIÓN DE LA DIMENSIÓN ÉTICO-SUSTANTIVA?

Pero antes de abordar la cuestión de los criterios y trazar el hilo narrativo del trabajo es necesario delimitar el ámbito de las «hipótesis de reconstrucción de la dimensión ético-sustantiva». Quisiera determinar a qué ámbito de la investigación filosófica pertenecen los modelos explicativos con los que yo lidiaré aquí.

En primer lugar, es necesario determinar cuál es el estatuto lógico de una hipótesis de reconstrucción.

Los modelos explicativos reconstruyen conceptualmente la estructura del conjunto de contenidos ético-sustantivos del Estado constitucional, así como su interpretación y aplicación por parte de los órganos de aplicación del derecho. Su dirección de ajuste es, en última instancia, mente-mundo. O, para usar una terminología más tradicional, su estatuto lógico es descriptivo.

Aunque pertenezcan al ámbito de lo descriptivo sólo ocasionalmente se hará alguna referencia sociológica al modo en que los órganos de aplicación del derecho identifican el contenido de las disposiciones constitucionales y a la manera en que las aplican. Aunque es una cuestión ampliamente debatida y sobre la que se ha polemizado mucho en las últimas décadas —sobre todo a partir del denominado giro naturalista en filosofía—, creo que, en la medida de lo posible, es necesario separar las cuestiones conceptuales de las cuestiones sociológicas; pese a que también es igualmente cierto que el análisis conceptual sin base empírica alguna es una empresa que, por así decir, puede provocar algunos disgustos, como, por ejemplo, que las afirmaciones conceptuales (o «analíticas») no encuentren confirmación empírica alguna en el mundo¹⁹. De manera que este trabajo, pese a moverse fundamentalmente en el terreno del análisis conceptual, se anclará en algunos presupuestos sociológicos, en el sentido de que asumirá que los órganos de aplicación del derecho, cuando identifican el contenido y aplican las disposiciones constitucionales aquí relevantes, se comportan como agentes morales que afrontan cuestiones morales. Es por esto último que acudiré también entonces a la literatura de referencia en el ámbito de la filosofía moral y la ética, con algunas menciones también a la filosofía política.

¹⁹ Véanse las «dudas acerca del análisis conceptual» planteadas por HARMAN, 1994: 43-48. También LEITER ha afirmado que el análisis conceptual es un instrumento heurístico válido en la medida en que organiza y sistematiza nuestras intuiciones, pero que deja de serlo una vez la realidad (las pruebas empíricas) choca con esas intuiciones (LEITER, 1998: 131-135). En una línea parecida véase también la lista de *desiderata* metodológicos propuesta por DOMÈNECH, 1998: 122-128. Para una concepción algo más ambiciosa del análisis conceptual véase JACKSON, 1994.

Alguien podría objetar que del hecho de que irenismo, particularismo y pluralismo dilemático se ocupen de los rasgos formales o estructurales de la dimensión ético-sustantiva del Estado constitucional no se sigue necesariamente que su estatuto lógico sea descriptivo. Esto es, por poner un ejemplo, el irenismo podría afirmar que lo que *debemos* hacer es tomar nuestras decisiones morales sobre la base de *normas generales y universales*, y de forma tal que nunca se dieran conflictos en los casos concretos. La anterior es una tesis que versa también sobre cuestiones formales y, sin embargo, su estatuto lógico es prescriptivo (su dirección de ajuste es mundo-mente).

No niego que una empresa tal sea posible —y que, de hecho, no haya sido ensayada—²⁰, lo que niego es que mi proyecto tenga tales pretensiones. Este trabajo reconstruye conceptualmente, sin comprometerse ético-normativamente con ninguno de los modelos explicativos, la dimensión ético-sustantiva del Estado constitucional. Por decirlo de otra manera y a través de un ejemplo no vinculante: es posible que mi opción ético-normativa sea la del irenismo, pero que por razones no ético-normativas llegue a la conclusión de que la mejor explicación (la hipótesis de reconstrucción más plausible) de tal dimensión sea la que provee el particularismo²¹.

Así las cosas, mi proyecto aquí no es el de defender una determinada teoría de la justicia en cuanto a sus rasgos formales o estructurales se refiere. Mi proyecto es indagar acerca de cuál es la estructura de un determinado discurso, por ejemplo, la dimensión ético-sustantiva del Estado constitucional; es decir, mi trabajo se sitúa en un nivel *meta*.

Ahora bien, ¿pertenecen las hipótesis de reconstrucción al discurso metaético? La respuesta a esta cuestión depende obviamente de qué se entienda por «metaética». En una antología acerca de la cuestión metaética bastante reciente, MILLER dice que la metaética se ocupa de cuestiones como las siguientes²²:

- a) *Significado*. ¿Cuál es la *función semántica* del discurso moral?
¿La función del discurso moral es la de enunciar hechos o tiene alguna otra función no fáctica?

²⁰ McKEEVER y RIDGE, 2006, defendiendo ético-normativamente el irenismo (aunque ellos lo denominan «generalismo»); DANCY, 2004, defendiendo ético-normativamente el particularismo (por lo menos en algunos pasajes; en otros pasajes la tesis es presentada como una constatación empírica); BERLIN, 1990, defendiendo ético-normativamente el pluralismo dilemático (por lo menos en algunos pasajes; en otros la tesis es presentada como una especie de verdad conceptual).

²¹ Dejaré a parte las consecuencias que lo segundo pueda tener sobre lo primero, en el sentido de que, para seguir con el ejemplo, ¿por qué debería optar ético-normativamente por una tesis como la irenista que se ha mostrado implausible desde el punto de vista conceptual, tal y como ha mostrado —es un suponer— el particularismo? No entraré en este problema porque constituye una cuestión distinta de la que yo me planteo.

²² MILLER, 2003: 2 (la traducción es mía).

- b) *Metafísica*. ¿Existen hechos (o propiedades) morales? ¿Son idénticas o reducibles a algún otro tipo de hecho (o propiedad) o son irreducibles y *sui generis*?
- c) *Epistemología y justificación*. ¿Existe algo como el conocimiento moral? ¿Cómo podemos saber si nuestros juicios son verdaderos o falsos? ¿Cómo podemos justificar nuestras afirmaciones en relación con el conocimiento moral?
- d) *Fenomenología*. ¿De qué manera están representadas las cualidades morales en la experiencia de un agente que profiere un juicio moral? ¿Están en el «exterior»?
- e) *Psicología moral*. ¿Qué podemos decir acerca del estado motivacional de alguien que hace un juicio moral? ¿Qué tipo de conexión hay entre hacer un juicio moral y estar motivado para actuar con arreglo a lo que el juicio prescribe?
- f) *Objetividad*. ¿Pueden los juicios morales ser realmente correctos o incorrectos? ¿Podemos avanzar en la búsqueda de la verdad moral?

En esta lista no aparece la cuestión que nos interesa, al menos no como será planteada en este trabajo (recuérdense las tres preguntas a las que los diferentes modelos responden). Pero también es cierto que la lista del propio MILLER «no pretende ser exhaustiva»²³ y que, en realidad, en lo que coinciden básicamente todas estas cosas es en que (1) no hay toma de posición ético-normativa y (2) son parte de un metadiscurso, en el sentido de que tiene como objeto el análisis, en las diversas formas enumeradas por MILLER, de otro discurso. HUDSON ha sintetizado esta idea en dos frases:

«[La metaética] no versa sobre qué debería hacer la gente; versa sobre qué están haciendo cuando están hablando sobre qué deberían hacer»²⁴.

Pues bien, entre las cosas que la gente hace cuando habla acerca de qué ha de hacerse se encuentran las cuestiones mencionadas anteriormente: ¿Tenemos en cuenta un único valor o una pluralidad de ellos cuando tomamos decisiones morales?, ¿nos enfrentamos a dilemas, viéndonos en la tesitura de tener que sacrificar uno de los valores en liza, o bien somos capaces de armonizarlos todos? Por tanto, si *hablamos sobre* estas cuestiones —y lo hacemos sin comprometernos ético-normativamente— estaremos haciendo metaética.

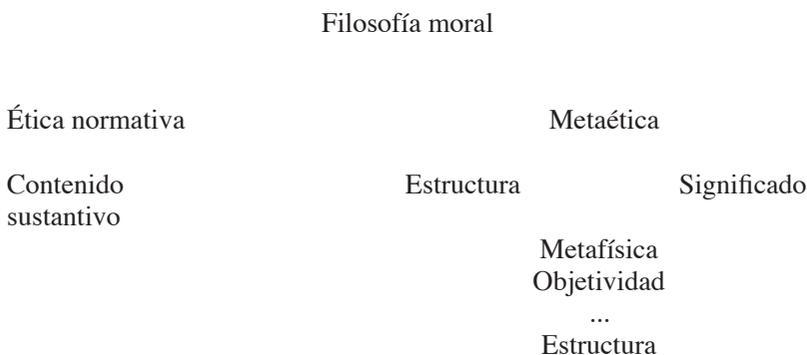
Las hipótesis de reconstrucción llevan a cabo precisamente esta última tarea. Es por ello que se inscriben dentro de una de las cuestiones de la que se ocupa la metaética, aunque no esté en la lista anteriormente mencionada. Y es que, en realidad, hay que advertir que, por lo menos

²³ *Ibid.*

²⁴ HUDSON, 1970: 1, citado en MILLER, 2003: 3 (la traducción es mía).

hasta el momento, cuando en las antologías de referencia de metaética, como aquella a la que se ha hecho referencia hace un momento, o en los mismos libros metaéticos se enumeran las preocupaciones de este ámbito, las cuestiones de las que se ocupan las hipótesis de reconstrucción desarrolladas en este trabajo no acostumbran a figurar entre ellas. Pero si las condiciones que deben darse para considerar que se está haciendo metaética son (1) falta de compromiso ético-normativo y (2) que el objeto de ese discurso sea otro discurso o lenguaje, los modelos explicativos satisfacen ambas condiciones y, por tanto, deberían ser considerados como parte del discurso metaético.

Lo dicho anteriormente se puede resumir en el siguiente diagrama:



Por tanto, la cuestión estructural puede ser entendida en dos sentidos: o bien en sentido prescriptivo, o bien en sentido descriptivo o conceptual. Si es entendida en sentido descriptivo o conceptual, entonces el enfoque es a-valorativo, es decir, no hay compromiso ético-normativo.

Algunos han sugerido que la cuestión estructural formulada en términos prescriptivos formaría parte del discurso metaético, y es que, al fin y al cabo, se trata de un metadiscurso (aun cuando esté formulado en términos prescriptivos). Pero aun siendo esto cierto, la verdad es que no cumple la otra condición que, habíamos resuelto, definía el nivel metaético, a saber, la falta de compromiso ético-normativo. Porque aunque es verdad que ni irenismo, ni particularismo, ni pluralismo dilemático, como veremos, prescriben ningún contenido moral concreto o sustantivo (estoy hablando, obviamente, de sus versiones ético-normativas), hay que tener en cuenta que sí pueden prescribir una determinada forma que deben tener nuestros juicios morales. Por ejemplo, el irenismo considera que, cualquiera que sea el contenido sustantivo de una norma moral —esto es, sea cual sea el valor o principio ético que sustenta esa norma moral—, ésta deberá ser una norma general cuya aplicabilidad al caso concreto podrá ser conocida *ex ante*. Nótese que lo que se está diciendo aquí es que *debemos* evitar resolver caso

por caso nuestras cuestiones morales; es moralmente *incorrecto* resolver las cuestiones morales dependiendo de cuál sea el contexto en el que tenemos que decidir. En el mismo sentido, pero desde el particularismo, se ha afirmado que decidir cuestiones morales sobre la base de principios o normas morales generales es *pernicioso* desde un punto de vista moral. Nótese que ninguna de estas dos posiciones ha mencionado en momento alguno ningún contenido moral sustantivo; ninguna de las dos ha hablado de que el valor «libertad» prevalega sobre el valor «igualdad» por las razones X, Y o Z. Lo que afirman las versiones prescriptivas de irenismo y particularismo es que si uno piensa que prevalece el valor libertad debe aplicar este juicio *ex ante* a todos los casos concretos en que esté en juego el valor libertad, según el primero, o bien qué valor prevalega o no debe ser decidido, por nuestro bien moral, caso por caso, una vez conozcamos las circunstancias del caso concreto, según el particularismo. Puede existir, pues, un compromiso ético-normativo estructural, aunque no sustantivo.

Si la metaética fuese considerada únicamente como un metadiscurso y la condición del no compromiso no fuera asumida, entonces tal vez podría hablarse de dos tipos de metaética: metaética prescriptiva²⁵ (metadiscursos prescriptivos acerca de la estructura del discurso ético-normativo, como las versiones prescriptivas de los diferentes modelos explicativos) y metaética descriptiva (metadiscursos que cumplen la condición de no compromiso ético-normativo, ni estructural ni sustantivo). Sin embargo, me parece que toda la literatura metaética de referencia está exenta de compromisos ético-normativos. Y me parece que hay buenas razones analíticas para que ello sea así: creo que para distinguir los diferentes niveles del discurso (ético-normativo y metaético) es necesario hacer valer el criterio del estatuto lógico y no sólo el del metadiscurso.

Una vez aclarada esta cuestión, por así decir, genuinamente filosófica, merece la pena delimitar un poco más cuál es el objeto de las hipótesis de reconstrucción en relación con cuestiones más jurídicas con las que esta investigación resulta concomitante. Para ello definiré en negativo, al hilo de algunas sugerencias que se encuentran en el trabajo de CELANO²⁶, el objeto de esta investigación.

La presente investigación no consiste en un análisis dirigido a determinar si el proceso de constitucionalización mencionado anteriormente tiene consecuencias negativas desde el punto de vista del diseño institucional o desde el punto de vista político o moral. Algunas de las supuestas consecuencias negativas que se han alegado son la falta de certeza

²⁵ Esta posibilidad conceptual que, como veremos a continuación, descartaré, debe su lugar en este punto a una serie de conversaciones muy fructíferas con Riccardo GUASTINI.

²⁶ CELANO, 2009: 257 y ss.

jurídica provocada por la inclusión, en el ordenamiento jurídico, de predicados valorativos y de gran carga emotiva, o el poder adquirido por los jueces constitucionales invadiendo tareas en apariencia netamente políticas (esto último es lo que en el vocabulario propio de los juristas angloamericanos se conoce como *judicial activism*). No me ocuparé aquí de valorar si, en efecto, tales consecuencias son negativas, o si, por el contrario, suponen una mejora en la calidad de vida del ciudadano que vive bajo ordenamientos constitucionales contemporáneos (como afirman los partidarios del denominado coto vedado o del neoconstitucionalismo). Dicho directamente, éste no es un trabajo de política del derecho, ni defiende una determinada teoría constitucional de la justicia.

Esta investigación tampoco consiste en indagar si precisamente la incorporación de principios y valores éticos, así como la identificación de su contenido y su aplicación por parte de los jueces, esto es, la *judicial review*, entendida como limitación a las decisiones de la mayoría parlamentaria, contradice o no el principio democrático. No se trata, por tanto, de una investigación que dé cuenta de una determinada teoría de la democracia y de eventuales amenazas para esta última.

Tampoco consiste en una investigación que se ocupe del aspecto nomodinámico del Estado constitucional de derecho contemporáneo, a saber, no abordaré las cuestiones relativas a la estructura de la producción o derogación de normas. Tal y como advierte CELANO²⁷, querer dar cuenta de la dimensión ético-sustantiva del Estado constitucional evitando entrar en las cuestiones nomodinámicas puede resultar algo artificioso. Sin embargo, parece necesario hacer distinciones y abordar los problemas por separado. Por ello, aquí sólo nos ocuparemos de la estructura de ese conjunto de contenidos éticos sustantivos y de los problemas generados en su identificación de contenido y su aplicación.

Y, en último lugar, tampoco es ésta una investigación que trate del estatuto lógico de tal dimensión ético-sustantiva. Esto es, no intento responder a la pregunta: ¿Es necesario, contingente o innecesario hacer referencia a la moral para identificar el contenido de esa dimensión? No pretendo abordar la cuestión de las relaciones entre derecho y moral ni dando la razón, respectivamente, al iusnaturalismo (o neoiusnaturalismo a la DWORKIN), al positivismo jurídico incluyente o al positivismo jurídico excluyente. Aunque sugeriré que, si el proceso de constitucionalización es una tendencia que no siempre se ha dado, como parece ser el caso, entonces podría ser que el positivismo jurídico incluyente sea la descripción que más se acerca a la imagen del derecho contemporáneo, ya que parece contingente que los ordenamientos jurídicos contengan disposiciones cuya interpretación y aplicación requieren consideraciones morales sustantivas. Pero, en cual-

²⁷ CELANO, 2009: 259.

quier caso, no pretendo emitir un juicio concluyente al respecto, sino únicamente, como he dicho, sugerir esta idea.

4. DOS CUESTIONES FUNDAMENTALES Y LOS CRITERIOS DE ELECCIÓN ENTRE TEORÍAS EN COMPETICIÓN

La respuesta a la pregunta: ¿Qué hipótesis de reconstrucción resulta una mejor explicación de la dimensión ético-sustantiva del Estado constitucional de derecho contemporáneo?, dependerá de la respuesta que éstas den a dos cuestiones fundamentales para este trabajo:

- La cuestión metaética.
- La cuestión de los desacuerdos.

En la primera cuestión se tratará de ver con qué posiciones metaéticas es compatible cada uno de los diferentes modelos explicativos. Recordemos que estos mismos modelos explicativos forman parte de la investigación metaética, por lo que mi tarea será la de identificar si la asunción de determinadas tesis por parte de estos modelos los convierte en incompatibles con alguna de las diferentes posiciones metaéticas (o con algunas de las tesis asumidas por estas últimas).

En la cuestión de los desacuerdos, apoyándome en la literatura de la filosofía analítica más reciente, se dirimirá cuál de estos modelos explicativos da cuenta de una manera más plausible de los desacuerdos que se dan en el seno de la dimensión ético-sustantiva de los ordenamientos constitucionales.

¿En qué sentido son estas cuestiones fundamentales para el proyecto que aquí se va a llevar a cabo?

La cuestión metaética resulta fundamental, puesto que las hipótesis de reconstrucción, como he dicho, se sitúan en la esfera metaética, y resulta relevante saber con qué teorías metaéticas se puede sostener que cada una de las hipótesis resulta compatible.

La cuestión de los desacuerdos es fundamental por dos razones: en primer lugar, porque el fenómeno de los desacuerdos acerca del contenido ético-sustantivo de los Estados constitucionales se ha convertido en una cuestión ineludible en el debate académico —aunque no sólo académico— contemporáneo. Y, en segundo lugar, porque, según la versión más influyente del positivismo jurídico, la existencia y el contenido del derecho dependen de un acuerdo o convención entre los órganos de aplicación del derecho; por ello el fenómeno de los desacuerdos constituye un desafío de gran calado para esta extendida concepción del derecho.

Así pues, las diversas hipótesis de reconstrucción deberán proveer una explicación a estas dos cuestiones.