

NEOCONSTITUCIONALISMO: CRÍTICAS DESDE UNA PERSPECTIVA ANALÍTICA DEL DERECHO*

DANIEL G. GORRA**

Resumen. Esta investigación tiene por objeto abordar algunos de los problemas y debates actuales del campo de la epistemología jurídica, vinculados a la práctica jurisprudencial. Hasta el presente, dos corrientes han sido preponderantes en esta materia: el “iusnaturalismo” y el “positivismo jurídico”. Sin embargo, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, el “neoconstitucionalismo” también comenzó a ocupar un lugar importante, dada su directa conexión con el principialismo y la actividad jurisdiccional. Nuestro estudio se propone demostrar la dificultad interpretativa y argumentativa que representa para los jueces la adopción de esta perspectiva, con base en los postulados de la teoría analítica del derecho.

Palabras clave: epistemología jurídica, neoconstitucionalismo, principialismo, positivismo, actividad judicial.

NEOCONSTITUTIONALISM: CRITIQUES FROM AN ANALYTICAL PERSPECTIVE OF LAW

Abstract. This research aims to address some of the current problems and debates in the field of juridical epistemolo-

* Este trabajo obtuvo el premio Joven Investigador en Filosofía jurídica y social 2013, otorgado por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. El trabajo se desarrolló en el marco del Proyecto de Investigación Consolidado 22 H816: “Tendencias epistemológicas y teorías de la subjetividad: su impacto en las ciencias humanas”, FCH, UNSL. Asimismo forma parte de la tesis doctoral “La concepción epistemológica del neoconstitucionalismo”, Res. 23/11, Doctorado en derecho con orientación en Filosofía del derecho en la Universidad Nacional de Cuyo, bajo la dirección del Dr. RICARDO A. GUIBOURG.

** Profesor adjunto de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de San Luis. Correo electrónico: gorra.daniel@gmail.com.

gy, linked to jurisprudential practice. Up to now, two currents have been preponderant in this matter: the “iusnaturalism” and the “legal positivism”. However, after World War II, “neo-constitutionalism” also began to occupy an important place, given its direct connection with principialism and jurisdictional activity. Our study intends to demonstrate the interpretative and argumentative difficulty that the adoption of this perspective represents for judges, based on the postulates of the “legal positivist theory”.

Keywords: juridical epistemology, neoconstitutionalism, principialism, positivism, judicial activity.

NEOCONSTITUCIONALISMO: CRÍTICA A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA ANALÍTICA DO DIREITO

Resumo. Esta pesquisa tem por objeto alguns problemas e debates atuais do campo da epistemologia jurídica, vinculados à prática jurisprudencial. Até o presente, os correios têm sido preponderantes em esta matéria: o “iusnaturalismo” e o “positivismo jurídico”. Não obstante, com posterioridade à Segunda Guerra Mundial, o “neoconstitucionalismo” também começou a ocupar um lugar importante, dada sua ligação direta com o principialismo ea atividade jurisdicional. Nosso estudo projeta a demonstração da dificuldade interpretativa e argumentativa que representa para os jueces a adoção de esta perspectiva, com base nos postulados da teoria analítica do direito.

Palavras-chave: epistemologia, neoconstitucionalismo, principialismo, positivismo, atividade judicial legal.

§ 1. ***INTRODUCCIÓN***

Esta investigación es una aproximación con relación a los problemas y debates actuales, en el ámbito de la epistemología jurídica. La investigación no se limita a cuestiones teóricas sino que, por el contrario, trata de exponer las consecuencias prácticas donde puede advertirse, cada vez más, la influencia del neoconstitucionalismo en la legislación y la jurisprudencia.

Dos corrientes –con diferentes variantes dentro de ellas– han establecido los caminos epistemológicos. Por un lado, el iusnaturalismo, que parte de un punto de vista valorativo, introduce elementos axiológicos en la interpretación del derecho, desconoce como tales a

aquellos sistemas jurídicos que no tengan estos contenidos valorativos y postula la existencia de principios universales de justicia. Por otro lado, el positivismo jurídico, que realiza una interpretación descriptiva del derecho, independientemente de su contenido.

Las opciones del iusnaturalismo tienen una característica en común sobre el concepto de “derecho”, al introducir elementos relativos al contenido de las normas que deben ser justas. El derecho aparece identificado con el derecho natural o un sistema de normas de preferencia ajena a la humana voluntad legislativa¹.

El positivismo jurídico, por lo contrario, no incluye referencia alguna al contenido de las normas. Esto no quiere decir que el observador del sistema no realice juicio moral alguno, aunque ese juicio no incida en la descripción del derecho vigente como objeto de la ciencia jurídica².

Parte de esta investigación retomará la discusión entre ambas corrientes epistemológicas, pero con una particularidad: el debate se trasladará al mismo texto del derecho positivo. El iusnaturalismo traspuso sus problemas al derecho positivo con la positivización de “principios” y “valores morales” que el iusnaturalismo promulgaba dando lugar a un “principalismo” que puede advertirse por la forma genérica, ambigua y vaga en que están redactadas las normas jurídicas.

La jurisprudencia no está exenta del “principalismo”, ya que los jueces, en determinados casos, pueden observar cierta dificultad para interpretar las leyes al remitirse con mayor frecuencia a niveles más abstractos para determinar cómo aplicar la ley, sobre la base de sus criterios morales.

Con el principalismo, los jueces hacen una valoración de la ley sobre la base de sus criterios o de sus preferencias morales.

Esta forma de iusnaturalismo encubierto o principalismo adoptó la denominación de “neoconstitucionalismo”. Los nuevos textos de las constituciones se caracterizan por la vaguedad en que han sido redactados los derechos. Cada vez se incorporan y se garantizan más derechos sin hacer reserva técnica en la manera en que estas se van a ejercer o sin las correlativas obligaciones.

Esta corriente comenzó a cobrar vigencia con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, con el resurgimiento del derecho natu-

¹ GUIBOURG, *Teoría general del derecho*.

² GUIBOURG, *Teoría general del derecho*.

ral, a través de las obras de RADBRUCH³ y los trabajos de autores como ALEXY⁴, DWORKIN⁵, GUASTINI⁶, ZAGREBELSKY⁷, entre otros. Los textos constitucionales parecen ser los que más han receptado esta corriente que postula la existencia de un orden objetivo de valores. Esta axiología constitucional otorga a los jueces la facultad de interpretar y resolver los conflictos de derechos, haciendo una valoración moral de la Constitución para determinar qué derecho debe prevalecer. Las leyes no solo deben estar en concordancia con la Constitución, sino con el “sistema objetivo de valores” que estaría por debajo de los enunciados constitucionales. Con el neoconstitucionalismo se produce una constitucionalización de todo el derecho, es decir, una suerte de canonización del orden jurídico. Las normas jurídicas deberían estar de acuerdo con la “moral constitucional”. El problema es determinar cuál es la moral constitucional a la que se hace referencia y cómo se conoce esa moral constitucional.

El neoconstitucionalismo, por intermedio del “principialismo” impregnado en la palabra del derecho, otorga a los jueces una actividad discrecional en detrimento del sistema republicano de la división de poderes. Los jueces comienzan a tener la facultad de “crear” derechos, al hacer una valoración moral de la norma en confrontación con la Constitución, que no solo otorga validez jurídica, sino también moral a las normas jurídicas que se encuentran por debajo de ella en la escala jerárquica del ordenamiento jurídico, a condición de que ellas sean interpretadas de acuerdo con los principios como el juez los interprete.

Esta investigación se propone demostrar la dificultad interpretativa y argumentativa que representa para los jueces la adopción del neoconstitucionalismo.

§ 2. **JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA DE ESTUDIO**

El presente trabajo tiene implicancias metodológicas y epistemológicas. La ciencia jurídica se enfrenta a determinados problemas

³ RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*.

⁴ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*.

⁵ DWORKIN, *Los derechos en serio*.

⁶ GUASTINI, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, en CARBONELL (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*.

⁷ ZAGREBELSKY, *Historia y Constitución*.

derivados de la adopción de bases epistemológicas que crean dificultades prácticas, como la vaguedad y ambigüedad de la terminología jurídica, la fundamentación de las normas en axiomas o premisas supraempíricas.

Una concepción epistemológica, donde los jueces se remitan a un plano metafísico –en el cual se busca el abrigo de principios objetivos e inmutables frente a una realidad cambiante–, resquebrajaría la seguridad jurídica y la confianza en el derecho.

Dentro de este esquema se encuentra la doctrina del neoconstitucionalismo –que podría considerarse una especie de derecho natural encubierto– que postula la existencia de una moral objetiva, que sería la fuente de validez y fundamentación de los ordenamientos jurídicos partiendo de las normas fundamentales (constituciones); es decir la Constitución de cada país tendría en común este esquema o estructura de valores objetivos.

§ 3. **HIPÓTESIS Y OBJETIVOS**

a) **HIPÓTESIS.** El neoconstitucionalismo es una corriente doctrinal cuyos postulados tienen base teórica en un descriptivismo ético y en la doctrina del derecho natural, con consecuencias en la práctica del derecho que resultan ser inconvenientes desde el punto de vista técnico y deben ser corregidas mediante la adopción de actitudes, precauciones y métodos adecuados.

b) **OBJETIVOS.**

1) Determinar la concepción epistemológica del neoconstitucionalismo.

2) Analizar las consecuencias o los efectos prácticos que pueda tener la adhesión hacia la doctrina del neoconstitucionalismo.

3) Demostrar la dificultad argumentativa que representa para los jueces la adopción del neoconstitucionalismo.

4) Proponer una línea metodológica para evitar dificultades prácticas que deriven del neoconstitucionalismo.

§ 4. **SUSTENTO TEÓRICO**

a) **TESIS METAÉTICA; EMOTIVISMO ÉTICO.** Se suele denominar como emotivismo, emotivismo ético o teoría emotivista de la ética al conjunto de teorías que sostienen básicamente lo siguiente.

1) Los enunciados o juicios éticos no son, primordialmente, enunciados descriptivos (tal como sostienen explícita o implícitamente los intuicionistas y naturalistas).

2) Los juicios éticos no son susceptibles de ser declarados verdaderos o falsos o al menos la verdad y la falsedad solo se predicán desde ellos en un sentido secundario.

3) Los términos éticos “bueno”, “malo”, “correcto”, etc., no designan propiedades de los sujetos o eventos que gramaticalmente se predicán.

4) Los juicios éticos tienen como única función o como función básica ordenar o recomendar algo a alguien o expresar la actitud de quien los formula y provocar una actitud similar en la persona a quién se los formula.

De este modo, 1, 2 y 3 constituyen las tesis negativas del emotivismo y 4 su tesis positiva⁸.

La teoría emotivista, en materia de ética, tiene diversos antecedentes, como algunos desarrollos del llamado “positivismo lógico”, en especial por parte de A. J. AYER⁹. No obstante, quien hizo una formulación más articulada de esta concepción fue CHARLES STEVENSON en *The Emotive Theory of Ethics*¹⁰. El discurso moral, en la concepción emotivista de STEVENSON¹¹, tiene tres características: 1) que en él se dan genuinos acuerdos y desacuerdos éticos; 2) que los términos morales tienen cierto “magnetismo” y contienen una apelación a la acción, y 3) que el método empírico de verificación no es suficiente en la ética.

Con relación a la primera característica en la adopción de una determinada posición moral, inciden nuestras creencias acerca de los hechos relevantes como nuestra aprobación o desaprobación de tales hechos. Podemos estar de acuerdo en la creencia y tener actitudes divergentes o tener las mismas actitudes, pero no estar de acuerdo en las creencias.

La segunda característica está dada por una dimensión práctica para expresar actitudes y provocarlas. Un juicio moral como “esto

⁸ RABOSI, *Emotivismo ético, positivismo lógico e irracionalismo*, “Dianoia”, vol. 17, nº 17, p. 36 a 61.

⁹ AYER, *Lenguaje, verdad y lógica*.

¹⁰ STEVENSON, *The Emotive Theory of Ethics*, citado por NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 363.

¹¹ STEVENSON, *The nature of ethical disagreement*, “Sigma”, 8-9.

es bueno” podría traducirse como “yo lo apruebo, apruébalo tú mismo”. La primera proposición tendría un significado descriptivo, pues informa acerca de una actitud y la segunda, un significado emotivo, porque trata de provocar una actitud.

La tercera característica (respecto de que el método empírico de la verificación no sería suficiente para el discurso moral) es que solo en lo que hace al desacuerdo de creencias, se pueden dar razones a favor de una u otra posición moral.

La definición persuasiva es la causa para determinar actitudes de la gente; son causas y no razones las que se pueden proporcionar para influir en las actitudes¹². En efecto, tal definición altera el significado descriptivo de una palabra para aplicarla a objetos diferentes de aquellos a los que se dirigía antes.

La teoría emotivista ha recibido fuertes objeciones. Se considera que destruye la moralidad debido a que, si el significado del discurso moral es emotivo, no hay posibilidad de decidir racionalmente entre los juicios contrapuestos.

Otra de las críticas a STEVENSON consiste en afirmar que confunde el significado de un enunciado con los efectos que puede causar el uso del enunciado o expresión. Mientras que una palabra se rige por reglas y convenciones lingüísticas, los efectos psicológicos que puede tener el uso de cierta expresión es una cuestión fáctica contingente.

Es necesario aclarar que el emotivismo no es la única tesis metaética a la que podría adherir el positivismo lógico. Del mismo modo, adherirse al emotivismo no implica necesariamente compartir los postulados del positivismo lógico.

En efecto, el análisis de distintas posiciones de autores afines con el emotivismo ético e incluso con el positivismo lógico, nos permitiría afirmar que no existiría una dependencia entre el emotivismo y el positivismo lógico, ni viceversa.

Por su parte, ZAVADIVKER¹³ señala que AYER¹⁴ contribuyó involuntariamente con la identificación entre positivismo y emotivismo al presentar su teoría como la mejor opción para analizar los juicios morales con la tesis verificacionista. Al mismo tiempo, consideró falsas –aunque compatibles– las tesis utilitaristas y subjetivistas. El re-

¹² STEVENSON, *The nature of ethical disagreement*, “Sigma”, 8-9.

¹³ ZAVADIVKER, *La ética y los límites de la argumentación moral*.

¹⁴ AYER, *Lenguaje, verdad y lógica*.

chazo al emotivismo, explica ZAVADIVKER¹⁵, proviene de una de las tesis generales del Círculo de Viena. En este sentido, WARNOCK¹⁶, señala que “las críticas de la teoría emotivista han adoptado en ocasiones, lisa y llanamente, la forma de una crítica del principio de verificación, en la errónea creencia de que, si se lograra refutar a este último, no habría razón para seguir tomando en cuenta la primera. Así, ROSS¹⁷ para considerar al emotivismo en *The Foundations of Ethic* como un intento de desacreditar “la ética, que no se habría emprendido si no fuera en razón de las exigencias globales del Positivismo Lógico”.

Analiza ZAVADIVKER¹⁸ la independencia que podría otorgarse al emotivismo respecto del positivismo lógico. En primer lugar, señala que el emotivismo tendría una visión más amplia del lenguaje, reconociendo una función no descriptiva de este que se sustrae a la lógica del principio de verificación. En este sentido, destaca que AYER¹⁹ le otorgaba al lenguaje una función que no se limitaba a constatar hechos, sino a expresar emociones e intentar producirlas (en acciones) en los demás. De esta manera, AYER abrió las puertas para el reconocimiento de un significado emotivo de las palabras como alternativa al significado informativo. Las ideas de AYER “pueden ser interpretadas como uno de los primeros intentos –quizá no del todo concientes– por superar la perspectiva verificacionista, en tanto no solo advierten otros usos del lenguaje, sino también una cierta conexión entre el lenguaje y la acción humana, relación que constituiría más adelante uno de los puntos centrales del giro pragmático de la filosofía del lenguaje”²⁰.

En segundo lugar, ZAVADIVKER se refiere a la tesis de STEVENSON²¹ como otro de los ejemplos de la independencia del emotivismo con el positivismo lógico: “STENVENSON defendió una variante propia del emotivismo en el marco de una teoría del lenguaje totalmente distinta. Dicha teoría suele llamarse como “causal” o “psicológica”²². El lenguaje, entonces, causaría ciertos procesos psicológicos en el oyen-

¹⁵ ZAVADIVKER, *La ética y los límites de la argumentación moral*.

¹⁶ WARNOCK, *Ética contemporánea*, p. 82 y 83.

¹⁷ ROSS, *The right and the good*.

¹⁸ ZAVADIVKER, *La ética y los límites de la argumentación moral*.

¹⁹ AYER, *Lenguaje, verdad y lógica*.

²⁰ ZAVADIVKER, *La ética y los límites de la argumentación moral*, p. 175.

²¹ STEVENSON, CHARLES L., *The nature of ethical disagreement*, “Sigma”, 8-9.

²² ZAVADIVKER, *La ética y los límites de la argumentación moral*, p. 165.

te; las palabras morales tendrían un significado dinámico al buscar efectos, respuestas y acciones en los usuarios.

Las ideas de AYER y STEVENSON, analizadas por ZAVADIVKER, probarían que la teoría emotivista (si bien nació en el seno del positivismo lógico) tiene independencia, ya que los argumentos analizados no se vinculan con la concepción verificacionista del lenguaje.

La investigación adopta como tesis metaética el emotivismo ético, entendido como la posición según la cual los juicios morales no afirman nada acerca de los objetos del mundo o estados personales de ánimo. Al tratarse de juicios que dependen de factores emocionales, no son verdaderos ni falsos; por lo tanto, no pueden ser objeto de conocimiento.

b) *FILOSOFÍA ANALÍTICA Y POSITIVISMO JURÍDICO*. El análisis riguroso del lenguaje y el control lógico de los argumentos se trasladaron hacia la Filosofía del derecho por medio del denominado positivismo metodológico o conceptual, como una de las tesis del positivismo jurídico.

Conviene hacer la aclaración de las tesis metodológicas del positivismo a la cual uno se adhiere, a fin de evitar las confusiones con otras tesis positivistas. Estas confusiones suelen ser originadas por los partidarios del derecho natural o antipositivistas, que suelen englobar a todas las tesis positivistas en una sola.

Sobre la discusión de las tesis entre la separación o integración entre el derecho y la moral (tesis dualista/tesis monista), comenzó a tejerse una “leyenda negra” respecto del positivismo jurídico, al excluir como elemento relativo el contenido de las normas, que debieran ser justas. A partir de esta premisa, se lo culpó de los peores males y atrocidades cometidos por los sistemas totalitarios que actuaban en nombre de una ley positiva autoritaria e injusta.

Según una de esas leyendas, los iusnaturalistas no se preocupan en absoluto de las leyes y se limitan a bucear en el océano bíblico, con la seguridad de hallar allí el tesoro de la justicia absoluta e inmutable. Según la otra, los positivistas son seres descarriados y a menudo diabólicos; adoran al Estado y aprueban entusiastamente cualquier disparate que emane de la autoridad pública²³.

Estos malentendidos y prejuicios pueden ser atribuidos al hecho de que a los representantes del positivismo jurídico, se les imputa

²³ GUIBOURG, *Teoría general del derecho*, p. 186.

una concepción extremadamente genérica de la esencia del derecho²⁴.

La presente dificultad deriva de la confusión de las diversas tesis que podemos encontrar dentro del positivismo jurídico, que son disímiles e independientes. Siguiendo a HOERSTER, podemos identificar cinco tesis positivistas: 1) la tesis de la ley; 2) la tesis de la neutralidad; 3) la tesis de la subsunción; 4) la tesis del subjetivismo, y 5) la tesis del legalismo.

La tesis 1 sostiene que el concepto de derecho tiene que ser definido por medio de la ley. Esta tesis deja de lado el derecho consuetudinario o el derecho judicial y suele ser argumento por parte de los antipositivistas como imputación; no es sostenida ni por lo positivistas ni por sus adversarios.

La tesis 2 (a la que adherimos en este trabajo) sostiene que el concepto de derecho debe ser definido prescindiendo que su contenido sea “justo o injusto”. Se trata de definir al derecho por medio de criterios formales y neutrales. Esta tesis es la que se ha denominado como positivismo metodológico o conceptual, y gravita en que el concepto de derecho no debe caracterizarse según sus propiedades valorativas, sino tomando en cuenta propiedades descriptivas. Según esta tesis, las proposiciones acerca de lo que el derecho dispone no implican juicios de valor y son verificables con relación a ciertos hechos observables empíricamente²⁵.

La tesis 3 sostiene que el derecho se aplica en todos los casos mediante una subsunción libre de valoraciones, expone HOERSTER²⁶. El derecho actúa como un autómata de la subsunción que, a través de medios lógicos, intenta aplicar el derecho correcto al caso concreto. Si bien refutada, esta tesis aún sigue siendo argumento de los antipositivistas. En su investigación, HOERSTER se detiene en esta tesis para aclarar la aparente contradicción que puede generar con la tesis 2. Quien crea el derecho, parte de una valoración; pero quien describe el derecho, puede hacerlo sin recurrir a sus propias valoraciones.

La tesis 4 sostiene que los criterios del derecho recto no son de naturaleza objetiva sino subjetiva. No existen, según esta tesis, principios objetivos válidos como sostiene la tesis objetivista de la éti-

²⁴ HOERSTER, *En defensa del positivismo jurídico*, p. 9.

²⁵ NINO, *Ética y derechos humanos*.

²⁶ HOERSTER, *En defensa del positivismo jurídico*.

ca jurídica. Conviene aclarar que ambas tesis, según HOERSTER, son las más defendidas por los positivistas; puede aceptarse la tesis 2 (neutralidad) y tener criterios objetivos válidos, pero como principios de ética jurídica y no como definitorios del derecho.

La tesis 5 sostiene que el derecho debe ser obedecido en toda circunstancia. Tal premisa ha sido la principal arma de ataque al positivismo jurídico. Según ella, el derecho se aplica cualquiera sea su contenido; es obligatorio y debe ser obedecido. Pero surge de una mala interpretación y confunde al positivismo “ideológico” con el metodológico. La tesis de la neutralidad manifiesta que, conceptualmente, las normas jurídicas son válidas y deben ser obedecidas, pero es distinto afirmar la validez y obediencia, no desde el punto de vista conceptual, sino desde el moral.

No hay contradicción; una cosa es admitir que una norma es racista o discriminatoria y decir que formalmente es derecho, pero otra distinta es sostener que por su contenido deber ser rechazada y desobedecida.

Se ha hecho referencia a las tesis positivistas para desmitificar la “leyenda negra” que los antipositivistas han creado sobre la mala interpretación y confusión de las tesis, donde la tesis 2 (neutralidad) podría considerarse como el punto de convergencia de todos los seguidores del positivismo jurídico.

En el análisis de las tesis del positivismo jurídico, se adhiere a la tesis 2 (neutralidad) la que identifica y define al derecho como un sistema jurídico atendiendo a sus criterios formales y prescindiendo de su contenido.

Este denominado positivismo metodológico o conceptual permite construir una teoría general del derecho, fundada en el derecho positivo y constituyendo como objeto de estudio de la ciencia jurídica las normas jurídicas, cuya razón de estudio se describe por medio de las proposiciones jurídicas.

La neutralidad del positivismo jurídico, que describe formalmente al derecho, evita caer en los peligros de valorar al mismo desde un plano abstracto o metafísico carente de sustento metodológico.

Los filósofos del derecho parecen estar de acuerdo en que la tarea (o al menos la tarea más importante) de la ciencia jurídica, consiste en la descripción del derecho positivo y en su presentación en forma ordenada o sistemática, mediante lo cual se tiende a facilitar el conocimiento del derecho y su manejo por parte de los individuos sometidos al orden jurídico y, en especial, por quienes deben

hacerlo por razones profesionales (abogados, jueces, funcionarios, y otros)²⁷.

El positivismo jurídico (tesis de la neutralidad) no impone limitación alguna al concepto de derecho. Ello permite discutir la obligatoriedad del contenido de las normas; en cambio, el derecho natural, basándose en un principio moral absoluto y creyendo haber encontrado la justicia absoluta, no da lugar a discutir su obligatoriedad moral y ello puede conducir sin duda a las herramientas que necesita un Estado totalitario o dictadura que se basa en principios de una ley natural; del mismo modo en que se apoyó la raza aria en la Alemania nazi, cuando el respeto de la ley positiva, como la Constitución alemana de 1921, prohibía tal sustento. Lo mismo sucede con las políticas de discriminación en Sudáfrica, sustentadas en la superioridad “natural” de la raza blanca sobre la negra. Se arriba a determinados riesgos si el punto de partida epistemológico para identificar y reconocer al derecho es un derecho basado en principios que, por su pretensión de justicia y verdad absoluta, no admiten discusión alguna.

Coincidiendo con HOERSTER²⁸, el intento de crear mentalmente y de demostrar la existencia de una realidad metafísica de las normas, desde el punto de vista epistemológico, está lejos de solucionar problemas existentes. La imposibilidad de la fundamentación metafísica de las normas, lleva a la consecuencia de que no es posible la existencia de criterios supraempíricos, objetivamente válidos, donde deban fundarse las leyes positivas. En este sentido, además de a la tesis de la neutralidad, adherimos a la tesis de la subjetividad (tesis 4).

A partir del giro lingüístico, la concepción analítica del derecho también relacionada con la tesis del positivismo metodológico o conceptual, se ha basado en el análisis del lenguaje jurídico y en una concepción de una ciencia del derecho alejada de todo vestigio metafísico.

La actitud analítica, indica GUIBOURG²⁹, “impulsa a quien la asume a no dar por sentado el valor moral de la ley, a exigir los datos empíricos constitutivos del significado de los términos jurídicos, a prestar preferente atención a la estructura lógica del discurso acerca del derecho y a buscar un modelo teórico coherente, capaz de explicar unívocamente los acontecimientos sociales y, a la vez, de servir de fun-

²⁷ ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Sistemas normativos*.

²⁸ HOERSTER, *En defensa del positivismo jurídico*.

²⁹ GUIBOURG, “Una concepción analítica del derecho”, en BOTERO BERNAL (comp.), *Filosofía del derecho argentina*, p. 3.

damento a la construcción de argumentos que todos puedan entender y cuyo valor comparativo todos puedan juzgar con independencia de sus propios deseos”.

La presente investigación se referirá al positivismo jurídico desde la tesis metodológica o conceptual (tesis de la neutralidad) con prescindencia del contenido del derecho, y sobre la tesis de la subjetividad (en oposición al objetivismo ético) de acuerdo con la clasificación de HOERSTER³⁰.

§ 5. **DISCUSIONES**

a) *¿QUÉ SIGNIFICA EL TÉRMINO “NEOCONSTITUCIONALISMO”?* El concepto de neoconstitucionalismo abarca un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo que parece contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de las culturas jurídicas italiana y española, así como en diversos países de América Latina. Este fenómeno no ha sido estudiado aún con suficiente profundidad y su cabal comprensión seguramente requerirá todavía algunos años.

Su origen histórico más inmediato puede encontrarse en las valiosas elaboraciones jurisprudenciales del tribunal constitucional alemán en los primeros años de labor jurisprudencial luego de la sanción de la llamada Ley de Bonn. Como corriente jurídica se halla en pleno proceso de conformación y consolidación.

El neoconstitucionalismo se inicia con la Declaración Universal de los derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, y con las primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América; pero una acelerada transformación se verifica en los ordenamientos jurídicos europeos con la sanción de las constituciones luego de la Segunda Guerra Mundial.

Un primer interrogante que podemos plantearnos, es determinar si el neoconstitucionalismo, es un movimiento ideológico propio del Estado constitucional o estamos en presencia de una nueva teoría del derecho. Como fenómeno jurídico –que ha cobrado más fuerza desde mediados del siglo xx en adelante–, vuelve a traer a discusión, el viejo debate entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, acerca de la relación entre derecho y moral.

³⁰ HOERSTER, *En defensa del positivismo jurídico*.

Otro interrogante es poder establecer qué tipo relación puede haber entre el constitucionalismo decimonónico con el neoconstitucionalismo. COMANDUCCI³¹ señala la diferencia entre constitucionalismo en sentido amplio y constitucionalismo en sentido estricto: “El constitucionalismo en sentido amplio es la ideología que requiere la creación de una –cualquiera– Constitución, a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo. El constitucionalismo en sentido restringido es la ideología que requiere la creación de un específico tipo de Constitución a fin de limitar el poder y de prevenir el despotismo.” Este sentido restringido, es aquél al cual estaría vinculado el neoconstitucionalismo. Desde el punto de vista ideológico, MOLLER³², considera al neoconstitucionalismo “como el movimiento jurídico de oposición a la lógica del Estado decimonónico, donde imperaba el legalismo, el culto a la ley y la concepción de actividad judicial como actividad mecánica y autómata de aplicación de la ley”. Como teoría del derecho, pretende que la norma además de ser válidamente dictada, sea justa, eficaz y operativa, sobre la base de los derechos fundamentales, para que ellos estén garantizados en la práctica.

Para SANTIAGO³³ la Constitución, su contenido, sus principios, valores, su función jurídica, política y no la ley formal, pasan a ser el centro de la reflexión jurídica, de la teoría jurídica del neoconstitucionalismo.

Junto con el enfoque ideológico y teórico, aparece el punto vista denominado “neoconstitucionalismo metodológico” propuesto por autores como DWORKIN y ALEXY.

En oposición al positivismo metodológico o conceptual –según el cual es posible identificar y describir al derecho como es, y diferenciarlo del deber ser–, el neoconstitucionalismo metodológico, sostiene el contrario, que desde el punto de vista de los derechos constitucionales –los derechos y principios fundamentales–, son el vínculo entre el derecho y la moral, por lo tanto adhiere a la tesis de conexión necesaria entre ambos órdenes. Entre los autores clásicos según cuyas argumentaciones, podemos agruparlos como teóricos del neoconstitu-

³¹ COMANDUCCI, “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, en CARBONELL SÁNCHEZ (coord.), *Neoconstitucionalismo (s)*, p. 77.

³² MOLLER, *La aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales en los sistemas jurídicos contemporáneos*, p. 114.

³³ SANTIAGO, “El (neo) constitucionalismo”, en sesión privada del Instituto de Política Constitucional, 3/4/08.

cionalismo, mencionaremos a los aportes de RONALD DWORKIN³⁴, ROBERT ALEXY³⁵, GUSTAVO ZAGREBELSKY³⁶, CARLOS NINO³⁷ y LUIGI FERRAJOLI³⁸.

Por su parte, LIZANA³⁹ señala que “lo que se puede reprochar al neoconstitucionalismo doctrinario es que traslada la discusión democrática de todas las cuestiones políticas verdaderamente relevantes al plano de la formulación del texto constitucional (ya que bajo la constitución todo está ya decidido en germen, y entregado a la ponderación del juez). Se constitucionaliza el derecho, claro está, pero en ese proceso el carácter político fundamental de la constitución se pierde. Dicho de otro modo, puede que lo que compra el neoconstitucionalismo sea bueno; pero el precio que paga es la desconstitucionalización de la constitución.

b) *¿QUÉ SON LOS PRINCIPIOS?* El neoconstitucionalismo se caracteriza por su remisión principios constitucionales; preguntemos ¿qué es un principio? ¿qué queremos decir con la expresión “principios”? ¿qué es un valor? ¿qué forma tienen? Podemos advertir que entre los defensores de la doctrina de los principios, no hay un acuerdo sobre lo que se entiende por un principio o valor; ¿en qué segmento de la naturaleza los encontramos? VERNENGO⁴⁰, declara que “cuando se habla de sistemas morales. Nunca se sabe muy bien qué es; un conjunto de normas morales mezclado o totalmente aparte. Pero, además, ¿qué pautas lógicas tiene el sistema moral? ¿Cómo se crea una norma moral? ¿Cómo se deroga una norma moral? ¿Qué forma tiene? [...] se incluyen en el texto constitucional ciertos principios morales que no se sabe claramente qué son, se crea una gran vaguedad”.

Se ha argumentado que los principios sustentan o fundamentan los derechos fundamentales, ¿pero qué es un derecho fundamental?, ¿qué características debe reunir para que un derecho sea fundamental?; la diferencia radica en que mientras los defensores del objetivismo moral sostienen que estos valores son objetivos, cognosci-

³⁴ DWORKIN, *Los derechos en serio*.

³⁵ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*.

³⁶ ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *Historia y constitución*.

³⁷ NINO, *Ética y derechos humanos*.

³⁸ FERRAJOLI, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en CARBONELL SÁNCHEZ (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*.

³⁹ LIZANA, *Aproximación conceptual y crítica del neoconstitucionalismo*, “Revista de Derecho”, vol. XXIII, nº 1, jul. 2010, p. 79 a 102.

⁴⁰ VERNENGO, entrevista personal, 9/9/11.

bles racionalmente, consideramos de este trabajo que los juicios de valor son emociones que escapan al conocimiento racional, por eso no son verdaderos ni falsos; en este sentido, BULYGIN⁴¹ declara que el problema “es que ellos creen que de algún modo (estos valores que la constitución consagra) son valores objetivos y yo soy escéptico en esta materia. No creo que haya valores objetivos. Me parecen muy respetables los valores de los derechos humanos y del Estado, pero no creo que tengan correlatos en el mundo hechos que hagan verdaderas estas afirmaciones. Los derechos fundamentales dependen de nuestras preferencias”.

No tenemos una observación directa de que son los valores; preguntemos, ¿qué designa un valor?, ¿cuál es su referente?, ¿cuáles son sus notas características?

Los juicios de valor son enunciados que expresan actitudes del hablante, pero no afirman ni niegan nada del mundo, es por ello que no tienen una estructura lógica conocida. El problema que puede presentarse, es que por el consenso que puede haber sobre un juicio de valor, se termina por ontologizar este valor como si fuera algo separado del sujeto que ha emitido el enunciado. Esta aclaración tiene importancia en cuanto a la fundamentación de los derechos fundamentales o humanos; mientras algunos consideran que no puede haber derechos fundamentales sin una metafísica esencialista, otros sostenemos que son una construcción cultural.

No queda claro entre los defensores de la apelación a valores, de qué se tratan precisamente estas expresiones vagas; en este sentido BULYGIN señala que esto “abre el camino a mucha deterioridad, yo creo que es importante preservar la idea de que el derecho es algo que puede ser objetivamente conocido”.

Lo manifestado en los párrafos anteriores, tal vez exponga el problema epistemológico que traen aparejado los enunciados acerca de valores objetivos, sobre todo en lo que se refiere al intento de fundamentarlos racionalmente. El intuicionismo parecía ser el método propuesto para captar los valores; no habría ningún problema si todos pudieran intuir los mismos valores o preferencias morales, pero ¿qué pasa si un individuo intuye *A* y otro intuye *B*?, ¿quién tiene razón? Una respuesta tentativa podría ser, que en la medida en que ambos toleren lo que cada uno intuye, o cedan parte de sus preferencias hasta lograr un consenso sobre ese valor o principio, con el tiempo puede convertirse en una norma jurídica.

⁴¹ BULYGIN, entrevista personal, 6/3/12.

c) *PROBLEMAS EN EL OTORGAMIENTO DE DERECHOS*. El surgimiento del neoconstitucionalismo fue acompañado por un proceso histórico, donde se incorporaron los denominados derechos sociales y tratados internacionales a los textos constitucionales. Esto derivó no solo en problemas de orden lingüístico –por la vaguedad de los textos–, sino en la forma de otorgamiento. En este sentido, el doctor FARRELL, como declarara precedentemente en 2011⁴²: “Lo que sí aprecio es la vaguedad en el otorgamiento de algunos derechos, por ejemplo, cuando se dice que los habitantes de la Nación tienen derecho a la vivienda; esto es vago. ¿Qué quiere decir?, ¿que pueden comprar una vivienda digna? Esto está garantizado por el otorgamiento del derecho a la propiedad. ¿Quiere decir que las personas tienen que tener ayuda (en materia de viviendas) para el otorgamiento de un crédito para adquirir una vivienda digna, o quiere decir simplemente que cualquier ciudadano puede presentarse al Estado y reclamar una vivienda sin poner un peso, como algunos parecen creer?”; “esta vaguedad o ambigüedad –o como quieran llamarla– plantea el gran defecto que tienen las constituciones contemporáneas. Esto es el desprecio absoluto por el costo de los derechos; nadie se preocupa por saber cómo van a pagar todos los derechos que están otorgando; los otorgan vagamente; los otorgan generosamente y no se preocupan en absoluto por saber de dónde van a salir los recursos”.

No discutimos la cantidad de derechos otorgados, ni estamos en contra de que se sigan otorgando, pero debe hacerse una reserva técnica para saber de qué manera se van a efectivizar los mismos. Por otro lado, no se ve con claridad quiénes son los obligados a cumplir con los derechos que se otorgan. Si alguien tiene un derecho, tiene que haber otro que tenga que cumplir con la obligación de satisfacerlo, ya se trate de un deber individual (de hacer o de dar) o de un deber colectivo (tolerar ciertas conductas del titular del derecho, o no interferir con ellas). Cada vez que hay un derecho, hay una obligación de cierta clase y esa obligación se halla necesariamente en cabeza de una persona física o jurídica, de un grupo de personas o de las personas en general. Pueden concebirse, acaso, algunas obligaciones sin derecho (a menos que éste se describa como un beneficio público o se identifique con la acción penal del Estado). Pero hablar de derechos sin obligaciones correlativas (en las leyes, en la moral o

⁴² FARRELL, entrevista personal, 28/9/11.

en la práctica política) es tan ficticio como referirse a un tío sin sobrinos o a una gallina inmueble⁴³.

La incorporación de derechos en los textos constitucionales puede realizarse por la técnica de los derechos o por la técnica de las obligaciones. Las constituciones contemporáneas han optado por la primera técnica; se incorporan derechos –ya sea por vía del neoconstitucionalismo o por vía del principialismo–, sin identificar los sujetos o instituciones que tengan el deber jurídico de satisfacer los derechos otorgados. Desde el punto de vista práctico, esta dificultad para efectivizar los derechos se ha trasladado a las resoluciones judiciales, en las que los jueces, al momento de interpretar las normas y argumentar sus decisiones, deben subsanar el vacío –la falta de obligaciones– de los derechos en litigio, por lo que terminan por atribuirse facultades de los otros poderes –Ejecutivo y Legislativo–; el juez termina por convertirse en una especie de legislador –creando derechos– o impartiendo directivas al Poder Ejecutivo.

En cambio, la técnica de las obligaciones es más compleja pero sería más efectiva, porque implica establecer quién o quiénes son los obligados de satisfacer los derechos, en qué plazo deben hacerlo y qué sanción tendrían en caso de incumplimiento. Los gobernantes han optado por el camino más sencillo: limitarse a otorgar derechos en forma indiscriminada, sin la reserva técnica de cómo se van a implementar.

En este orden de ideas, el neoconstitucionalismo o el principialismo aparece como el campo propicio para consagrar derechos de esta forma, sin advertir las dificultades de orden práctico en el ámbito judicial y en la estabilidad del sistema republicano.

d) *PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.* El método de ponderación, permitiría avanzar –de acuerdo a la posición de ALEXY– en la construcción de los derechos fundamentales como principios. Según este sistema, los jueces, en vez de limitarse a interpretar la ley, hacen una valoración moral de ella, sobre la base de principios y valores objetivos. El sistema de ponderación, se rige por medio de la denominada fórmula del peso, según la cual, ante el conflicto de dos derechos fundamentales, el juez “pesa” ambos principios para determinar cual se aplica al caso concreto. La tesis de la argumentación jurídica de ALEXY, se enmarca dentro de axiología jurí-

⁴³ GUIBOURG, “Una concepción analítica del derecho”, en BOTERO BERNAL (comp.), *Filosofía del derecho argentina*.

dica en el campo del derecho, según la cuál, por debajo de los enunciados jurídicos, existirían principios y valores que determinarían su validez. La ley de ponderación –señala ALEXY⁴⁴–, puede sintetizarse en la siguiente regla: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Lo que trata de demostrar ALEXY, es la posibilidad de efectuar juicios racionales, donde el juez pueda determinar el grado de importancia del derecho fundamental que debe optimizarse. La racionalidad de un esquema inferencial –señala ALEXY⁴⁵–, dependerá de si conecta premisas que pueden ser justificadas. Con la ayuda de la lógica proposicional, de predicados y deóntica, ALEXY, propone un sistema deductivo conocido como “justificación interna” que podría ser incluido –según su posición– como teoría del discurso jurídico.

Las premisas de la fórmula del peso que se presentan en cantidades numéricas, se apoyan en juicios donde se determinará la violación o no de un derecho fundamental.

Tres preguntas podríamos realizar sobre la ponderación de principios de ALEXY.

1) De acuerdo con su tesis, los principios jurídicos se extraen de la naturaleza argumentativa del hombre. A ella podrían imputarse la libertad de palabra u otras circunstancias relativas al diálogo, pero ¿cómo se inducen de allí el derecho a la privacidad, el control constitucional o la proporcionalidad en el castigo de los delitos?

2) ALEXY afirma que los principios tienen un “peso abstracto”, independiente de su posición en el caso concreto; pero, ¿cómo se determina el peso abstracto de cada principio? ¿cómo incide ese peso abstracto en calidad de variable para la aplicación de la fórmula del peso?

3) Si, al aplicar la fórmula del peso para decidir entre dos principios en conflicto, un observador piensa que la satisfacción del principio rival requiere una afectación alta del principio desafiado y otro que esa afectación es mediana, ¿qué criterio permite decidir cuál de los dos observadores tiene mejores razones que el otro?

El problema de este razonamiento argumentativo basado en valores y principios, es que carece de una estructura lógica; por otro lado, establecer escalas numéricas, por ejemplo, escala triple, grave,

⁴⁴ ALEXY, *La construcción de los derechos fundamentales*, p. 30.

⁴⁵ ALEXY, *La construcción de los derechos fundamentales*, p. 36

mediana o leve, en cuanto a la lesión de un derecho, resulta tan arbitrario como ilusorio, para poder pensar que uno tiene una escala objetiva.

Se pretende otorgarle rigor matemático a una fórmula para “pensar valores” y termina por ser una operación fallida.

e) *CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y NEOCONSTITUCIONALISMO*. El neoconstitucionalismo propone llevar al debate judicial lo que es propio del debate legislativo, incursionando de ese modo en áreas que son propias de la función gubernamental, a cargo de los poderes de base electoral, y para lo que no está debidamente preparado ni diseñado el proceso judicial⁴⁶.

Desde “Marbury v. Madison” comenzó a debatirse el rol institucional de la Corte Suprema. Los jueces –según aquella doctrina– tienen a su cargo el control de constitucionalidad, pero ello no quiere decir que tengan la facultad para crear derechos o desplazar la actividad legislativa. La controversia sobre el control de constitucionalidad de las leyes se da en el marco de la interpretación que los jueces hagan de la ley.

Con el neoconstitucionalismo, los jueces no solo se limitarían a interpretar, sino a crear derechos. Si una ley pierde su legalidad por contradecir la Constitución, de eso no hay duda, el problema es con respecto a la interpretación. ¿Cómo se interpreta? Con vaguedades tales como “protección de principios, evolución moral o búsqueda de valores públicos o tradicionales, sin decirnos cómo el tribunal razona o ayudarnos a describir qué hace actualmente. El tribunal puede ser visto como haciendo todo o nada bajo estas premisas. Si el tribunal puede ser descripto como el guardián de los valores o principios fundamentales considerados por el proceso político, entonces el rol es una totalidad. Siguiendo esta premisa, la lista de valores o principios que pueden ser justificadamente considerados es infinita, razonamiento alejado de la realidad”⁴⁷.

⁴⁶ La Corte Suprema argentina se hizo eco parcial de esta postura cuando en el caso “Rendón”, *Fallos*, 251:53 (1962), afirmaba: “El remedio a la posibilidad genérica de que la función legislativa se aparte de las exigencias del bien común, debe buscarse en los comicios y no en los estrados de la Corte Suprema, pues la Constitución nacional no encomienda a ella la satisfacción del bienestar general, en los términos del art. 67, incs. 16 y 28”.

⁴⁷ PIETRO SANCHÍS, *El constitucionalismo de principios*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, n° XIII, 1996, p. 125 a 128.

En cambio, DWORKIN⁴⁸ propone un rol más activo de los jueces. Para él, el derecho es mucho más que una cuestión de principios y de reglas; además, todo principio político es una cuestión de derecho. DWORKIN argumenta que los jueces deben ser los árbitros, simplemente porque son jueces: la supremacía del derecho implica la supremacía de los jueces en la política. Esta posición deja acotado el actuar de la Legislatura; pero si los jueces, en el ejercicio del control de constitucionalidad, se atribuyen facultades de órganos con origen electoral, hay una clara violación al sistema republicano de la división de poderes en desmedro de la voluntad popular que ha elegido esos órganos.

El problema no es solo la invasión en el ejercicio de otros poderes, sino la manera en que se adoptan las decisiones basadas en un nivel de abstracción (orden objetivo de valores). Se corre el riesgo de promover el surgimiento de jueces iluminados o profetas, que se sienten llamados a resolver desde sus estrados judiciales los más difíciles y complejos problemas sociales y políticos, cuando el proceso judicial no está pensado ni diseñado para ello.

Con la supuesta presencia de “principios” se deja de lado el método de la subsunción por el de “ponderación”. A partir de ahora, el juez interpreta el derecho sobre la base de las exigencias de un orden objetivo de valores aplicables al caso concreto. Hay una clara incidencia de la interpretación moral en el texto jurídico.

El neoconstitucionalismo sugiere un cambio de método: se reemplaza la subsunción por la ponderación. El juez ahora tiene la labor de adecuar las normas elaboradas por el legislador al texto constitucional. El juez deja de lado la interpretación de la norma –libre de toda valoración moral–, para pasar a interpretar “principios”, desde sus preferencias morales o desde la ficción de valores objetivos, incidiendo de esta manera en el texto del derecho.

Debido a este peculiar papel asumido por el juez, este tiende a configurarse como un fundamental elemento racionalizador del sistema jurídico⁴⁹.

El juez adquiere un mayor protagonismo al insertar en la argumentación jurídica la valoración moral. Un derecho basado en principios privilegia la función judicial. El problema se plantea con el enfoque que cada juez le daría a la noción de principio o valor.

⁴⁸ DWORKIN, *Los derechos en serio*.

⁴⁹ POZZOLO, *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación de la Constitución*, “Doxa”, n° 21, vol II.

Siempre vale la pena recordar la sabia advertencia del juez estadounidense FRANKFURTER⁵⁰: “Si los jueces quieren ser predicadores, deberían dedicarse al púlpito; si pretenden ser primariamente configuradores de una política, el Parlamento es su lugar. Los jueces obstinados son los menos defendibles entre todos los que atacan al imperio del derecho”.

§ 6. *CONCLUSIONES*

a) *RESPECTO DE LA HIPÓTESIS*. En primer lugar, conviene determinar si realmente estamos en presencia de una doctrina. Como ocurre con el derecho natural, el neoconstitucionalismo no presenta una homogeneidad entre los autores que lo exponen y defienden. Asimismo, la mayoría de estos autores no se denomina neoconstitucionalista, ni mucho menos iusnaturalista, pero sí presentan algunos tópicos en común que permiten agruparlos en referencia a su posición metaética y epistemológica.

Los autores analizados presentan posiciones metaéticas vinculadas al objetivismo moral. De acuerdo con estas tesis, los valores morales son objetivos, aunque no todos concuerdan en su carácter cognoscible.

En este sentido, los enunciados sobre los juicios de valor describirían valores, principios y la posibilidad de conocerlos, ya sea desde una variante utilitarista o intuicionista.

La existencia de valores superiores era sostenida por RADBRUCH⁵¹, quien al mismo tiempo admitía que no había posibilidad racional o científica de establecer una jerarquía de valores, por lo que era el propio individuo quien debía tomar la decisión –como un asunto privado de conciencia– para establecer tal jerarquía. Esto de alguna manera pone en evidencia la dificultad metodológica para conocer los valores, al igual que ocurre con los principios.

Un “asunto privado de conciencia” –como alega RADBRUCH– para establecer la jerarquía de los valores es lo que, de alguna manera, está ocurriendo con la actividad de cada juez, es decir, termina siendo un asunto de conciencia el valor que cada juez le asigne al principio o derecho constitucional en conflicto.

⁵⁰ FRANKFURTER, *The Marshall and the judicial function*, p. 31.

⁵¹ RADBRUCH, “Cinco minutos de filosofía del derecho”, en *El neokantianismo en la filosofía del derecho*.

Es importante recordar esta cita de RADBRUCH, que de alguna manera sintetiza su vinculación a un objetivismo moral y al neoconstitucionalismo: “Hay por tanto principios jurídicos básicos que son más fuertes que cualquier precepto legal, de modo que la ley que los contradice carece de validez”⁵².

Asimismo, FINNIS⁵³ es otro de los autores que expone un objetivismo moral y la defensa de los principios que constituirían la ley natural. En este sentido, los principios de la ley natural son los que justificarían el ejercicio de la autoridad en la comunidad y otorgarían fuerza obligatoria a las leyes positivas. También ATIENZA⁵⁴, DWORKIN⁵⁵ y ALEXY⁵⁶ promulgan la conexión entre derecho y moral y la implicancia práctica de los principios en las decisiones judiciales. ATIENZA, en primer lugar, pone de relieve el papel de la justicia y la moral como fuentes generadoras de las normas jurídicas y otorga a los principios una función amplia en materia de interpretación frente a la “finitud” y carácter “cerrado” de las normas jurídicas.

Al igual que ATIENZA, DWORKIN destaca la amplitud de los principios al carácter “limitado” de las normas jurídicas, sobre todo en los denominados “casos difíciles”. ALEXY propone un sistema de ponderación de principios desde una escala “objetiva de valores”, donde el juez podría determinar qué principio debe prevalecer sobre el otro. Estos autores proponen una derivación de principios desde la conexión entre derecho y moral (objetiva) al igual que las doctrinas del iusnaturalismo.

La diferencia en la invocación de principios por parte de los neoconstitucionalistas y iusnaturalistas radica en que, los primeros invocan los principios suministrados por el propio derecho positivo; en cambio, los segundos invocan los principios que deben aplicarse y regir el derecho positivo. Ambas doctrinas defienden una forma de interpretar estos principios, aunque no pueda demostrarse su método para identificarlos y aplicarlos.

La utilización y el carácter relevante que neoconstitucionalistas e iusnaturalistas otorgan a los principios –aun sin precisar su conte-

⁵² RADBRUCH, “Cinco minutos de filosofía del derecho”, en *El neokantianismo en la filosofía del derecho*, p. 629.

⁵³ FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*.

⁵⁴ ATIENZA, *Las piezas del derecho*.

⁵⁵ DWORKIN, *Los derechos en serio*.

⁵⁶ ALEXY, *La construcción de los derechos fundamentales*.

nido y alcance— nos permiten sostener que las tesis iusfilosóficas de DWORKIN o ALEXYS confirmarían la primera parte de la hipótesis. En este orden de ideas, podríamos considerar que el neoconstitucionalismo constituiría una doctrina acerca de la utilización de principios —derivados de una moral objetiva— en la interpretación de las normas jurídicas.

Desde el punto de vista técnico, las dificultades provienen de problemas lingüísticos. La vaguedad de los principios positivizados en enunciados jurídicos provoca un alto grado de indeterminación al momento de interpretar la ley. Estas dificultades se trasladan a la argumentación, donde se advierte que las decisiones judiciales se alejan del texto de la ley por la invocación continua de principios constitucionales o derechos fundamentales. Como hasta el momento no se ha podido definir o precisar qué son los principios o los derechos fundamentales o cómo se conocen, los jueces tienen vía libre para invocar principios y aplicarlos conforme a sus convicciones éticas.

Cada vez es más frecuente encontrar fallos en los que los razonamientos carecen de pautas objetivas y criterios racionales para conocer de qué forma el juez resolvió un caso concreto. Ello obedece a que en las decisiones judiciales se invocan principios por intermedio de un lenguaje emotivo, alejado de datos empíricos que permitan corroborarlo.

El problema técnico tiene un origen epistemológico. Al postular la existencia de un “orden moral objetivo” conectado con el derecho, se positivizaron los valores y principios de ese “orden moral” en el texto de ley. De ahí que se haya manifestado durante el desarrollo del trabajo que el iusnaturalismo había trasladado sus problemas al derecho positivo. En este proceso de incorporación de valores y principios al derecho positivo —que comenzó con las Constituciones de posguerra—, se apeló a un lenguaje vago, lo cual no debía sorprender, porque sin poder precisar los mismos “principalistas” y “iusnaturalistas” que entendían por “principio” cuál era su contenido, sus alcances y límites, y sin una estructura lógica que permitiera un análisis lingüístico, terminó siendo un problema de lenguaje. Por ello, las Constituciones consagran una multitud de catálogos de derechos, sin haber hecho una reserva técnica de cómo ellos se van a implementar.

Al hablar de actitudes, precauciones y métodos adecuados, postulamos una vía epistemológica y metodológica para evitar los problemas técnicos señalados en los párrafos anteriores. En el marco

teórico establecimos los parámetros, desde donde se efectúa este trabajo y se critica al neoconstitucionalismo. La actitud y la precaución tienen implicancias epistemológicas. Previamente a postular lo que entendemos por conocimiento y lo que podemos conocer, es conveniente tener en cuenta los enunciados que empleamos al formular proposiciones relativas a lo que afirmamos y negamos.

En este orden de ideas, las decisiones judiciales deberían elaborarse sobre la base de interpretaciones y argumentaciones construidas racionalmente por intermedio de criterios racionales y datos objetivos, que permitan identificar las normas jurídicas. Una concepción analítica del derecho nos ofrece la posibilidad de tener un control en la estructura lógica del discurso jurídico. En cambio, el neoconstitucionalismo –como el principalismo y el iusnaturalismo– pretende una interpretación y una argumentación inspiradas en una realidad metafísica de las normas, que excede los límites racionales del discurso jurídico, por carecer de criterios objetivamente válidos.

b) *RESPECTO DE LOS OBJETIVOS.*

1) *Determinar la concepción epistemológica del neoconstitucionalismo.* El análisis de la concepción epistemológica del neoconstitucionalismo, en este trabajo, comenzó desde de las teorías metaéticas, principalmente el descriptivo ético, desde el momento en que se postula la posibilidad de conocer valores objetivos y fundamentar racionalmente los juicios de valor.

El análisis de las bases teóricas del iusnaturalismo, como de algunas doctrinas afines y su modo de interpretar y validar las normas jurídicas, nos permite identificar el neoconstitucionalismo con el iusnaturalismo, aun cuando hacemos la salvedad de que no todos los neoconstitucionalistas se consideran al mismo tiempo iusnaturalistas o nieguen vínculo alguno con el iusnaturalismo.

El vínculo en común de ambas doctrinas tiene su base en la postulación de principios como fuente para validar las normas de derecho positivo y resolver conflictos.

La iniciativa de buscar y fundamentar el derecho en el contenido de los principios, identifica epistemológicamente el neoconstitucionalismo con el iusnaturalismo. Ambas corrientes fundamentan los derechos constitucionales en principios “incuestionables” y “evidentes”.

¿Cuál es la fuente de esos principios o derechos naturales, que constituyen el fundamento de los derechos constitucionales? En esta cuestión, ni iusnaturalistas ni neoconstitucionalistas se han

puesto de acuerdo. El neoconstitucionalismo ha seguido la concepción de los derechos al estilo del iusnaturalismo, pero incluyendo los principios en el texto del derecho positivo. Concluimos que el neoconstitucionalismo es un regreso al iusnaturalismo por intermedio del derecho constitucional.

2) *Analizar las consecuencias o los efectos prácticos que pueda tener la adhesión hacia la doctrina del neoconstitucionalismo.* Las consecuencias prácticas de la adopción del neoconstitucionalismo dejan varios interrogantes y dudas. Se da por sentado que los principios constitucionales se interpretarían de la misma manera al tener un núcleo objetivo; pero no se indaga en los problemas metodológicos, acerca de lo que estemos dispuestos a llamar “principios”. Tal vez, haya un exceso de confianza en la “recta razón” del juez para conocer y aplicar principios.

Entre los referentes de esta corriente, se coincide en afirmar que existe un orden constitucional de valores, un sistema moral constitucional, que establece un objetivismo ético por debajo de los enunciados constitucionales y legales, pero que adolece de ambigüedades, vaguedades y márgenes de indeterminación, que pueden ponerse de manifiesto por intermedio del análisis del lenguaje, desde las perspectivas semántica, sintáctica y hasta pragmática.

Desde el neoconstitucionalismo se afirma que las soluciones se desprenden de un orden axiológico constitucional que puede ser conocido y aplicado por los jueces, pero ¿cuál es la herramienta metodológica que tendrían los jueces para conocer ese orden de valores objetivos?

Los jueces comienzan a reemplazar al legislador, enmendando y excepcionando la ley, sobre la base de un orden moral constitucional. Como la Constitución es la fuente de la verdad moral, solo los jueces serían quienes arbitrariamente interpretarían la Constitución en base a un esquema moral de valores objetivos.

El problema tal vez no se presente en la identificación de principios; de hecho, desde una postura positivista se puede sostener la promulgación de principios. Distinto es el caso de la aplicación práctica de los principios que puedan ser identificados, es decir: ¿Cómo se aplican? Y esta pregunta no ha sido respondida por ALEXY ni DWORKIN ni por los defensores del neoconstitucionalismo. Corremos el riesgo de que cada juez aplique los principios según sus propias preferencias morales y políticas, es decir, termina siendo –como sostiene RADBRUCH– un asunto privado de conciencia y, en consecuencia, comenza-

rían a coexistir diferentes sistemas jurídicos, de acuerdo con la manera en que cada juez identifique, interprete y aplique principios.

La valoración de las normas jurídicas para determinar su validez conforme a una moral determinada fue trasladada desde el iusnaturalismo por el neoconstitucionalismo hacia el texto del derecho positivo. Si indagamos la historia del derecho, podemos advertir los peligros de basar el derecho en juicios de valor. Recordemos la Escuela de Kiel, que en el ámbito del derecho penal introdujo la valoración en el texto del derecho positivo para interpretar principios como “el espíritu del pueblo” o “la nación aria”. Este exceso de valoraciones condujo a una irracionalidad en la búsqueda de los “enemigos” del Estado alemán nazi.

Reflexiones: ¿Qué quiso decir LARENZ⁵⁷ con la frase “la sangre tiene que convertirse en espíritu y el espíritu en sangre”, en Alemania en 1934? Este discípulo hegeliano se refería a las “ideas rectoras” de un orden estatal; pensemos las consecuencias de las “ideas rectoras” del nazismo o fascismo sobre los ciudadanos y los jueces encargados de aplicarlas.

Lo concreto es que no existen criterios objetivos para determinar lo correcto o lo incorrecto. Un enunciado de este tipo solo puede fundarse en el interés de quien lo formula. Claro que la lucha del poder político y los intereses en juego influyen en la elaboración de las normas jurídicas, por ello es importante proponer –y en este sentido seguimos a HOESTER– una posición jurídica intersubjetivamente aceptable, sobre la base de una concepción subjetivista de fundamentación de las normas fundamentales o constitucionales que limiten el poder político.

3) *Demostrar la dificultad argumentativa que representa para los jueces la adopción del neoconstitucionalismo.* Con el neoconstitucionalismo, la argumentación abandona las normas jurídicas y las reemplaza por principios. La redacción vaga y defectuosa de los principios dificulta la tarea interpretativa del juez al momento de argumentar. ¿De qué manera el juez puede extraer soluciones de los principios y construir un argumento racional? La falta de elementos objetivos válidos dificulta la interpretación judicial y queda relegada a la valoración moral que cada juez haga de los derechos constitucionales.

⁵⁷ LARENZ, “Volkgeist und Recht”, en *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie*.

Si *A* invoca un principio y *B* invoca otro principio, ¿quién de los dos tiene razón?; ¿cuál de los dos principios debería aplicarse o ceder frente al otro? La posición neoconstitucionalista de que cada juez puede elegir qué principio aplicar por el “peso” de cada uno en el caso concreto, termina siendo una ilusión. La propuesta, por ejemplo, de ALEXY, de otorgar valores a los derechos constitucionales en conflicto, es una ficción que enmascara la preferencia moral o convicción ideológica del juzgador, que es la que determina la inclinación por uno u otro principio o derecho constitucional en conflicto.

Estamos en presencia de soluciones cuya argumentación jurídica parte de la invocación de un principio, en el cual se busca el contenido del derecho. Pero como no queda claro hasta el momento qué es un principio o qué son los derechos constitucionales, todo queda relegado a la valoración moral del observador. Tampoco se ha respondido sobre cuál es el peso de los principios, o cómo se determina el peso de los principios, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar. ¿Qué es más importante: la igualdad o la libertad? ¿Qué debe ceder: libertad de prensa o la privacidad de la persona?

Pareciera ser que la conciencia del juez podría buscar la solución correcta; pero, en realidad, la incidencia de su sistema de creencias es la que termina por asignar subjetivamente un valor. Si la interpretación y la argumentación parten del contenido de las normas del derecho positivo, el razonamiento del juez tiene su apoyo en una estructura lógica, aunque no estemos de acuerdo con el resultado al cual el juez haya arribado, pero no tendremos inconvenientes para conocer cuáles fueron las normas jurídicas que el juez interpretó y aplicó⁵⁸.

4) *Proponer una línea metodológica para evitar dificultades prácticas que deriven del neoconstitucionalismo.* La propuesta metodológica para evitar dificultades prácticas que derivan del neoconstitucionalismo consistiría en una teoría general del derecho, que ofrezca reglas claras, que precise definiciones, reduzca la ambigüedad y vaguedad del lenguaje jurídico, y con ello contribuir a una mejor interpretación y argumentación. Esta adopción metodológica implicaría adoptar una línea epistemológica positivista, que si bien no garantiza la posibilidad de que no haya reglas “injustas” o “imperfec-

⁵⁸ GUIBOURG, “Una concepción analítica del derecho”, en BOTERO BERNAL (comp.), *Filosofía del derecho argentina*.

tas”, ofrece un mayor grado de certidumbre en el caso concreto, frente al carácter indeterminado de los principios.

La identificación de las normas como derecho, desde el positivismo, ofrece pautas objetivas para reconocer qué regla de derecho debe aplicarse; tal vez ello ocurriría con los principios si estos ofrecieran pautas objetivas para definirlos y reconocerlos. El problema es que cada uno define o reconoce el principio conforme lo apruebe su sistema de creencias, compuesto por contenidos de índole moral, política, ideológica, religiosa, cultural, etcétera.

Si los principios pudieran ser identificados de manera uniforme e interpretados con el mismo método, no habría inconvenientes desde el punto de vista práctico para responder a algunos interrogantes: ¿Dónde se buscan los principios?, ¿en la naturaleza argumentativa del hombre?, ¿en las instituciones políticas de turno?, ¿en el derecho natural?, ¿en la cultura?, etcétera.

Buscar soluciones jurídicas en los principios implica un alto costo de indeterminación e incertidumbre sobre su fuente, identificación, contenido y alcance.

El contenido del derecho debe buscarse en las normas jurídicas. Si bien esto no resuelve el problema de interpretación –porque no es la intención del positivismo proponer un método interpretativo, como sí pretenden el iusnaturalismo o el neoconstitucionalismo–, sí ofrece un mayor grado de certidumbre ante la indeterminación de los principios, reduciendo la discrecionalidad que de por sí tiene la actividad de juzgar.

El positivismo, desde el punto de vista epistemológico, permite identificar las normas del derecho positivo por intermedio de criterios formales y descriptivos. Asimismo, los enunciados de las normas jurídicas, además de exigir claridad semántica y consistencia lógica, tienen que tener su correlato empírico, que permita la construcción de argumentos racionales con una estructura lógica conocida, prescindiendo de las emociones o deseos de cada intérprete.

Asumir una actitud analítica en la filosofía del derecho cambia los interrogantes de “¿qué es un principio? o ¿qué es un valor?”, por el de “¿qué queremos decir, cuando expresamos la palabra, principio o “valor?”. Si nos quedamos con el primer interrogante, estamos asignando en la misma pregunta la respuesta sobre la “existencia” o “entidad ontológica” de los principios o valores; pero en la segunda pregunta, tendremos en cuenta el sistema convencional de lenguaje de cada comunidad y respetaremos la claridad semántica de la palabra y

su uso pragmático. De esta manera, como ocurre con los conceptos jurídicos, los conceptos de “principio” o “valor” son construcciones culturales, por lo tanto, susceptibles de ser identificados y valorados empíricamente.

Si estamos de acuerdo que al hablar de “principios” o “valores” no se trata de entidades ontológicas sino de creaciones culturales, esto nos permite –ante el conflicto de principios o derechos constitucionales– identificar datos empíricos que constituyan estas expresiones (historia, cultura, educación, etc.), y otorgar datos objetivos o presupuestos fácticos al juez, sin necesidad de que éste se remita a niveles abstractos, donde entran en juego sus emociones y deseos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE LIZANA, EDUARDO, *Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo*, “Revista de Derecho”, vol. XXIII, nº 1, jul. 2010, p. 79 a 102.
- ALCHOURRÓN, CARLOS E. - BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2006; 2ª ed., *Sistemas normativos*, 2015.
- ALEXY, ROBERT, *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ATIENZA, MANUEL, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- AYER, A. J., *Lenguaje, verdad y lógica*, Buenos Aires, EUDEBA, 1965.
- COMANDUCCI, PAOLO, “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, en CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.
- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Ariel, 2009.
- FERRAJOLI, LUIGI, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- FRANKFURTER, FÉLIX, *John Marshall and the judicial function: Government under law*, Cambridge, Mass, 1956.
- GUASTINI, RICCARDO “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, en CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- GUIBOURG, RICARDO A., “Una concepción analítica del derecho”, en BOTERO BERNAL, ANDRÉS (comp.), *Filosofía del derecho argentina*, Bogotá, Temis, 2008.
- *Los jueces y la nueva estructura del sistema jurídico*, “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, nº 24, 2006, p. 139.
- *Teoría general del derecho*, Buenos Aires, La Ley, 1999.
- HOERSTER, NORBERT, *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, Gedisa, 2000.

- LARENZ, KARL, "Volkgeist und Recht", en *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie* 1, 1934.
- MOLLER, MAX, *La aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales en los sistemas jurídicos contemporáneos*, Burgos, Universidad de Burgos, 2008.
- NINO, CARLOS S., *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2012.
- PIETRO SANCHÍS, LUIS, *El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo?*, "Anuario de Filosofía del Derecho", XIII, 1996, p. 125 a 158.
- POZZOLO, SUSANNA, *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación de la constitución*, "Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho", n° 21, vol. II, 25, 2010.
- RABOSI, EDUARDO, *Emotivismo ético, positivismo lógico e irracionalismo*, "Dianoia", vol. 17, n° 17, 1971, p. 36 a 61.
- RADBRUCH, GUSTAV, *Introducción a la Filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965.
- "Cinco minutos de Filosofía del derecho", en *El neokantismo en la Filosofía del derecho*, Chile, Universidad de Valparaíso, 1982.
- ROSS, DAVID, *The Right and the Good*, Oxford, Published to Oxford, 2003.
- SANTIAGO, ALFONSO, "El neoconstitucionalismo", en sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008.
- WARNOCK, MARY, *Ética contemporánea*, Barcelona, Labor, 1968.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *Historia y constitución*, Madrid, Trotta, 2005.
- ZAVADIVKER, NICOLÁS, *La ética y los límites de la argumentación moral. El desafío del emotivismo*, San Miguel de Tucumán, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de la Tucumán, 2011.