

CUESTIONES RELATIVAS AL CONSTITUCIONALISMO

El nuevo paradigma del Derecho

MARTÍN RODRÍGUEZ LUNA
UNR- ARGENTINA¹

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Octubre 2022 | Año 6 N° 8 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 256-277. Recibido 8/3/22 - Aceptado 28/3/22

“El centro de gravedad va desplazándose lentamente desde el sistema codificado (de reglas) a una casuística judicial orientada según principios”.

Josef Esser

Resumen: me propongo una sencilla reflexión acerca de lo que implica el cambio de paradigma del positivismo tradicional al constitucionalismo (independientemente de sus versiones); en el sentido de atenernos con mayor fidelidad al contenido de las constituciones que resguardan los principios y garantías inspiradores de las normas locales, más que al estricto texto mismo de la norma local o interna.

Palabras claves: positivismo, constitucionalismo, neo constitucionalismo, cambio de paradigma.

Abstract: I propose a simple reflection about what the paradigm shift from traditional positivism to constitutionalism implies (regardless of its versions); in the sense of adhering more faithfully to the content of the constitutions that safeguard the principles and guarantees that inspire local regulations, rather than the strict text of the

¹ Abogado. Mediador. Especialista en Abogacía Estatal (ECAE). Maestrando en Derecho Público (UNR). Doctorando en Derecho (UCA)



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina

local or internal regulations.

Keywords: positivism, constitutionalism, neo constitutionalism, paradigm shift.

1.- INTRODUCCIÓN

Partiré del interrogante acerca de si nuevas leyes imponen nuevas conductas (esto es, si forjan las costumbres) en una sociedad; o si por el contrario dichas conductas nacidas en el seno social (no prohibidas, desde ya), deben reflejarse en las normas (es decir: ser simplemente reguladas por éstas). Es decir, de qué manera se construyen, o convalidan, las denominadas “reglas de juego”.

Por supuesto que esta discusión no es novedosa, y lleva siglos.

Tomaré al efecto como punto de partida la clásica y “estudiadísima” discusión suscitada en la Europa occidental, a finales del siglo XVIII, siglo XIX; y cuyos principales protagonistas podríamos encontrarlos en los filósofos/juristas Thibaut y Savigny. Polémica ésta, si se quiere, que luego se habría trasladado a nuestro país, en el ámbito privatista, entre Vélez Sarsfield y Alberdi, a la hora de sentar las bases y principios de nuestro Código Civil (el corazón del positivismo).

Es que en el fondo no es más que la tradicional “rivalidad conceptual” entre el iluminismo (Francia del siglo XVIII) y el consecuente romanticismo (Alemania del siglo XIX) en respuesta de aquel, con todo lo que de ello deriva (máxime en un contexto como el nuestro, en donde en aquella época “estaba aún todo por hacerse” desde un punto de vista jurídico, y donde el frenesí de la *dicotomía binaria* -que hoy parece anteponerse a todo- comenzaba ya a despertar para acompañar la suerte del país en cada debate, contienda, en cada proyecto o idea, y que todavía hoy perdura bajo el nombre de “grieta” invadiendo incluso otros escenarios como el político, económico, social...).

De esta forma, el interrogante inicial ha girado en torno al criterio rector sobre el cual diseñar el *Orden Social Justo*, el Derecho, o en definitiva: las bases del Contrato Social. Por un lado la “*Diosa Razón*” (materializada principalmente, si se quiere, en la Ley como fuente primaria del Derecho), y por el otro el “Espíritu del Pueblo” (donde, podríamos decir, que cobra una relevancia mayor la Costumbre, como fuente del Derecho).

El desenlace y su resultado hoy son arduamente conocidos, aunque no resultó una cuestión menor, ya que un modelo u otro traerá a colación tensiones propias de los diversos actores sociales responsables del “funcionamiento” del sistema.

Pues como es sabido, las sociedades (como la nuestra) se han ordenado jurídicamente mediante la codificación de la vida privada y/o pública de tal comunidad, como todo proceso de recopilación de normas, no es una cuestión menor; por el contrario, su puesta en marcha va a significar el diseño de las “reglas de juego”.

En tal sentido los Dres. Chaumet y Meroi² explican claramente que “...resulta cuanto menos ingenuo desatender los temas que hacen a su funcionamiento y —como sucede para el de cualquier norma— indagar sobre las relaciones, a menudo tensas, que se establecen entre sus autores (vgr. legisladores) y los encargados de su funcionamiento (vgr. jueces)”.

La postura iluminista se impuso e inspiró a Vélez al dictado del Código Civil (1871) con fuerte acatamiento al Código Napoleón de 1804.

A consecuencia de ello, cobraron valor los principales postulados de la Escuela exegética, su doctrina y sus métodos, así como su influencia en el derecho civil y positivo. Eso se tradujo en un modelo casuístico (caso por caso), que en su versión más “teórica” podría decirse que *empodera* “la voluntad del legislador” en cuanto a la creación de la norma (el texto literal de la misma), acotando a la vez la potestad interpretativa del juez a la hora de su aplicación frente al caso concreto.

Hoy en día, la recodificación (dictado del Código Civil y Comercial de 2015), en sintonía con las transformaciones que vive el derecho continental actual, se ha constituido sobre “principios jurídicos”, “reglas indeterminadas”, “directrices”; apartándose así de aquella casuística propia del Código de Vélez. En tal sentido, hoy el rol de los jueces (en su deber de interpretar estratégicamente la norma en base a principios generales para dar respuesta al caso concreto) ha cobrado un importante protagonismo...

Lo mismo respecto de la supremacía constitucional por encima de la legislación especial (lo que algunos denominan “neoconstitucionalismo optimista”).

2 CHAUMET, Mario E. y MERIOI, Andrea A. “Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado”. 24/02/2016 en SJA 2016/02/24-35; JA 2016-I. ABELEDO PERROT N° AP/DOC/146/2016.

En otras palabras: ¿podríamos ver a todo esto, hoy, como un fracaso de la denominada Democracia Representativa, a la hora del diseño y la posterior interpretación de las “reglas de juego”?

Hasta aquí, vemos como en el escenario actual prevalecen en el ámbito privatista los principios y garantías receptados en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales allí jerarquizados (en el ámbito del Derecho Público, sobre todo de índole Penal o Procesal Penal, la cuestión por su propia naturaleza, ya venía por este carril); a la hora de la aplicación del Derecho (en sentido figurado: de las “reglas de juego”).

Felizmente podríamos decir que los principios ahora deben anteponerse a las reglas formales, o dicho de otra manera que éstas deben ser interpretadas y/o aplicadas armónicamente en sentido acorde a aquellos, independientemente de la estricta literalidad en que fueron redactadas (el problema a partir de aquí consiste en el “cómo” y a eso nos avocaremos en este ensayo).

Además, fuera de la casuística que nos proponía Vélez, entran a discutirse incluso otras cuestiones, sobre todo, acerca del nuevo rol (más protagónico) que debe asumir el juez a la hora de declarar el Derecho aplicable para la solución de un caso concreto, a riesgo muchas veces de adoptar funciones que, al menos en el clásico esquema de división de poderes de Montesquieu, no le han sido conferidas.

Entonces, cualquiera sea la base sobre la que se reconstruye o redefine el Derecho, me pregunto: ¿de qué manera este nuevo paradigma *principalista* da respuestas superadoras a las demandas sociales?

Autores como Robert Alexy hablan de una ponderación de derechos, para el caso de conflicto entre principios, en el sentido de que cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.

Si para muestra basta un botón, podemos hacer mención de la problemática actual en materia de alquileres de inmuebles con fines de vivienda (en el marco de una norma que obligue a alquilar toda propiedad que no sea ocupada por su titular), de esa forma tendríamos afectados a simple vista dos principios de índole constitucional y convencional: el derecho a la propiedad privada (propietarios) expresamente plasmado en el art. 17 CN, y el derecho a la vivienda digna (inquilinos) también receptado en la Carta Magna aunque de una manera más *difusa* que aquel, en este caso. Entonces, ponderando ambos derechos, podríamos decir que la afectación a la propie-

dad privada que sufrirían los propietarios implicaría una aún mayor satisfacción de quienes tienen la urgente e imperiosa necesidad de conseguir una vivienda para la ocupación de su grupo familiar.

En este orden de cosas, y en un escenario fuertemente “principialista” y de elevada adjudicación judicial, corresponde a mí entender analizar ciertos aspectos del constitucionalismo, visto como un sistema preponderantemente *principialista*, a los fines de entender cómo ha resuelto (o intenta hacerlo), al menos la doctrina, la complejísima problemática vinculada con la aplicación de principios y valores...

2.- EL SISTEMA *PRINCIPIALISTA*. EL CONSTITUCIONALISMO DWORKINIANO

2.1.- Nociones de constitucionalismo.

Las constituciones contemporáneas suelen ser entendidas como documentos que exceden con amplitud la función clásica de dar forma al gobierno del Estado y poner límite normativo al ejercicio del poder.

Conforme expone Pau Luque (LUQUE, 2014), se atribuye a los Estados constitucionales contemporáneos una dimensión ético-sustantiva caracterizada por una constitución *larga* (que no se ocupa únicamente de regular la organización de los poderes públicos, sino que también alberga disposiciones que confieren derechos, principios sustantivos y principios programáticos...), *rígida* (cuyas disposiciones son difícilmente derogables, lo que confiere todavía más fuerza y visibilidad a esa dimensión ético-sustantiva.) y *garantizada* por un control judicial (en general, se confiere a algún órgano jurisdiccional la última palabra en la interpretación constitucional, en nuestro caso si bien dicho control es difuso, la “última palabra” la tiene la Corte Suprema).

Las enunciaciones valorativas de las constituciones largas se interpretan como la toma de partido en los temas controversiales característicos de las sociedades plurales, un ámbito donde los conflictos morales encuentran una medida común que posibilita su resolución.

Diría Jeremy Waldron (WALDRON, 2009) que el constitucionalismo es una expresión ideológica que considera la propia existencia de una constitución rígida como un valor autónomo entre los que dan sentido al orden social, que merece ser realizado aun a costa de otros fines (volvemos aquí al ejemplo de los alquileres).

2.2.- El constitucionalismo dworkiniano.

Ronald Dworkin (DWORKIN, 1997), propone un ideal de comunidad política que denomina *Democracia Constitucional*, que no se fundamenta en la regla de decisión de la mayoría sino en la exigencia de realización más extensa posible de un principio abstracto de igual respeto y consideración de los individuos. De esa manera la Constitución y sus intérpretes juegan, para este autor, un papel relevante en mantener la vigencia de ese principio corrigiendo los resultados de la decisión política mayoritaria cuando ellos lo afecten de modo grave.

El constitucionalismo dworkiniano concibe al rol de la labor judicial centrado en los derechos y establece, para la determinación de su contenido en los casos polémicos (difíciles), que éstos sean resueltos en base a argumentos de principios políticos; de esa manera considera a las leyes como un conjunto de esfuerzos por plasmar los derechos morales en la comunidad. Para esto, recurriendo a la historia, legítima o prioriza a aquellos principios que no han sido rechazados históricamente (lo que implica una reconstrucción contrafáctica a través de una evaluación coherente y razonable del intérprete).

Me parece importante recordar aquí aquella clásica discusión entre Dworkin y el positivismo, basado sobre todo en las tesis esbozadas por Hart (como uno de sus principales exponentes); procurando establecer cierto paralelismo entre el Código Civil de Vélez Sarsfield y el nuevo Código Civil y Comercial.

En efecto, sostenía Hart básicamente que el Derecho es un conjunto de normas, un sistema de reglas primarias y secundarias, es decir que pretende identificar al Derecho (en el aspecto que fuese) a raíz de una norma a cada caso concreto.

Al efecto, consideraba Dworkin que el Derecho no es sólo un cúmulo de normas que deben ser entendidas de manera formal o literal, sino que consideraba además otros estándares normativos como los principios y directrices o políticas, bajo pautas de índole moral (luego, a medida que fue profundizando su pensamiento, llegaría a hablar de Derecho como *integridad*³). Es además clásico y conocido su razonamiento en cuanto al precedente norteamericano “Riggs vs. Palmer” (1889), conocido también como el caso del “nieto apurado”.

Es sabido el desenlace y resultado del mismo, por eso carece de todo sentido detenernos en el precedente, pero grafica a la perfección la discusión entre ambos juristas. Así, bajo la premisa que “nadie

3 Volveré más adelante respecto a esto...

puede beneficiarse a raíz de su propio ilícito” es que la solución que adopta el Tribunal de Alzada neoyorquino, basada en dicha máxima o principio, contrarió literalmente el contenido formal de las normas hereditarias a punto tal de adoptar una solución “adversa” a ellas, pero *integrada* al Derecho.

Lo mismo podríamos decir en el ejemplo de la ley de alquileres, siendo que fuere una política de Estado, de una visión solidaria, social y (si se quiere también) moral, fomentar el acceso de una importantísima cantidad de personas a una vivienda digna para resolver el problema habitacional; cuando del texto formal de la norma podría inferirse cierta complicación o dificultad (vg. exigiendo demasiadas garantías, formularios, etc...) en el acceso de los inquilinos a las viviendas, en resguardo del derecho de los propietarios.

Pero, como también dijimos, la “vivienda digna” aparece en el plexo constitucional y convencional como una cláusula abstracta, genérica y amplia.

Al respecto, había señalado Dworkin (DWORKIN, 1977) que las cláusulas abstractas que mencionan derechos han de entenderse como la apelación a conceptos morales antes que a concepciones particulares de éstos, por lo que un Tribunal que aplique dichas cláusulas debe presentar y dar respuesta a preguntas sobre las exigencias de la moralidad política⁴.

En este sentido, el jurista entiende que la *lectura moral* de la Constitución es compatible con soluciones institucionales que establezcan distintos tipos de revisión judicial (concentrada, desconcentrada, parcial, total, fuerte, débil...) o con que el Parlamento tenga la última palabra en la determinación del contenido de los derechos. Lo central es, para Dworkin, que la elección sea en base a un criterio orientado al resultado antes que uno orientado al procedimiento.

En el caso de los “alquileres”, podríamos decir que la *lectura moral* que cabría hacerle a la Constitución (apuntando a un resultado concreto) es ante todo la realización del “bienestar general” (Preámbulo de la Carta Magna), de allí que para ello sea *moralmente* más importante la satisfacción de la necesidad de viviendas de los inquilinos y su grupo familiar, que la libre explotación de esos inmuebles

4 Esto es lo que él denomina “*filosofía política de la adjudicación constitucional*”, es decir una teoría moral particular en base a la cual los individuos tienen derechos frente al Estado (en otras palabras, su manera de entender al *constitucionalismo*).

por parte de sus propietarios.

Dworkin elaboró la teoría de la *lectura moral* como la forma apropiada de interpretar e imponer la Constitución. Según ésta, la base del derecho constitucional es la moralidad política, que resulta controversial de modo inherente y exige que las instituciones atribuyan a alguna autoridad (en nuestro caso, repito, la Corte Suprema) la última palabra en su interpretación.

Así, el objetivo principal de la *Democracia Constitucional* no es, para este autor, que las decisiones colectivas sean aquellas que la mayoría de los ciudadanos aprueba sino su adopción por instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas impliquen un trato, para todos los miembros de la comunidad, de igual consideración y respeto.

Esa especie de “rechazo” a la premisa mayoritaria no implica que los jueces no tengan que atender a las decisiones legislativas mayoritarias: hay importantes consideraciones morales que cuentan a favor de la adhesión a la legislación y también consideraciones que, en ocasiones, apuntan en sentido contrario.

Pues el hecho de que una decisión sea mayoritaria, en sí mismo, no es prueba alguna de su corrección, ya que no considera que los acuerdos o convergencias morales de una comunidad tengan valor epistemológico o moral, cualquiera sea la forma en que se hayan construido. Por tanto, aun cuando esas convergencias se expresen en decisiones mayoritarias, el juez que las considera va a tener otra opción que buscar igualmente la mejor respuesta interpretativa y confiar en ella.

De allí también el interrogante que nos hacíamos en la introducción del presente trabajo en cuanto a si la denominada *Democracia representativa*, bajo esta óptica, ha fracasado a la hora del diseño y la posterior interpretación de las normas (“*reglas de juego*”).

En respuesta a ello, enseña el autor que las instituciones que recomienda la democracia constitucional que él propugna no son muy diferentes a las que se justifican por la premisa mayoritaria, así se requiere pues que las decisiones cotidianas de gobierno sean adoptadas por funcionarios electos por voto popular; aunque la adopción de instituciones representativas surge de la importancia del igual estatus moral de los ciudadanos y no de un compromiso con los objetivos de la regla mayoritaria (de esta forma, ciertos procedimientos minoritarios podrían prevalecer siempre que promuevan o favorezcan en

mayor medida ese estatus moral de los ciudadanos en su conjunto).

De ser así, no corresponde hablar de déficit democrático o pérdida moral en la decisión adoptada por órganos no representativos o no mayoritarios, toda vez que la relación entre la democracia constitucional y el principio mayoritario es de condicionalidad: la democracia es el gobierno sujeto a la condición de igual estatus entre los ciudadanos.

Si las instituciones mayoritarias promueven y respetan las condiciones democráticas, entonces sus veredictos deberían ser aceptados por todos. Pero si no lo hacen, no hay objeción justificable a que otras instituciones, como los estrados judiciales, adopten las decisiones finales que sí los promuevan y hagan respetar⁵.

Para graficar esto que estamos diciendo, nos retrotraeremos una vez más al ejemplo de la ley de alquileres, cual emanada del mismo Congreso de la Nación, si no promoviera o respetara las “condiciones democráticas” -aún cuando haya sido votada por la mayoría de los legisladores (democracia representativa)- corresponde que los jueces (en última *ratio*) adopten decisiones finales acordes a tales “condiciones democráticas” en respeto del estatus igualitario de los ciudadanos en general⁶.

Concretamente, la estructura institucional adecuada será aquella al servicio de la necesidad moral que permita verificar efectivamente en una comunidad las condiciones democráticas, y suponga la mejor posibilidad de asegurar un cumplimiento estable de esas condiciones (en nuestro sistema, reitero nuevamente, es el Poder Judicial).

Finalmente resta preguntarnos en dónde reposa, o en qué consiste, esa “moral política legitimante” que fundamenta, con éxito, a las “condiciones democráticas”. Es lo que Dworkin resume en la estrategia de *integridad constitucional*. En general, la *integridad* requiere que la “respuesta” a esas preguntas morales no ignoren las respuestas que otros -en particular los jueces- han dado en el pasado y que expresan el compromiso de la comunidad con determinados estándares.

Así, el *constitucionalismo* que propugna Dworkin no requiere que

5 Ello, de ninguna manera, debe ser visto como una prueba de necesidad de revisión judicial para la vigencia del ideal democrático.

6 Vale aclarar, llegada esta instancia, que la postura de Dworkin frente a la revisión judicial es moderada y condicional (al menos en “condiciones favorables” pero no las descarta en situaciones que considera “desfavorables” como la descripta), y eso lo aparta de las versiones del constitucionalismo que consideran ese mecanismo como parte esencial de la democracia, entre ellos Luigi Ferrajoli.

el intérprete conteste las preguntas relativas a los derechos a través de un puro ejercicio filosófico, buscando sus propias respuestas; sino a una reconstrucción de la historia y los precedentes que lo lleven a determinar, de manera comunitaria, cuál es esa respuesta constructiva, de acuerdo, en términos generales, con los mejores criterios valorativos que se ajustan a lo decidido en el pasado (DWORKIN, 2006).

3.- OTROS MODELOS DE CONSTITUCIONALISMO

3.1.- El constitucionalismo relativista.

El Prof. Dr. Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 2011), sostiene o defiende una concepción del constitucionalismo a la que denomina “estrictamente positivista”, en cuanto es compatible con la identificación como “derecho” de “todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, su eventual injusticia”.

Puede decirse que Ferrajoli rechaza lo que se denomina *constitucionalismo principialista*, que atribuye en forma de tendencia tanto a iusnaturalistas (entre los que ubica a Dworkin) como a postpositivistas.

Sostiene Ferrajoli que el *constitucionalismo principialista* se caracteriza por dos rasgos principales: 1) la pretendida superación del positivismo jurídico, porque al haber incorporado a las constituciones principios de justicia de carácter ético-político (igualdad, dignidad, derechos fundamentales) ya no tiene sentido hablar de la separación de derecho y moral, tesis ésta distintiva del positivismo; y 2) la consideración de las normas constitucionales no como reglas susceptibles de observancia o inobservancia, sino como (fundamentalmente) principios susceptibles de ponderación cuando hay conflicto entre sí.

En la citada obra (pág. 23) el autor pone en evidencia lo que para él es un defecto evidente de este *constitucionalismo principialista* y que consiste en que “registra la fenomenología del Derecho como hecho; pero ignora su posible contraste con el Derecho como norma”. Así, sostiene, se confunde la efectividad con la validez, tomándose a la práctica no solo como criterio de identificación sino también como criterio de legitimidad.

Ferrajoli critica los modelos “éticos” de constitucionalismo (que atribuye a un temprano Dworkin) haciendo hincapié en el rechazo de la tesis de que hay una moral objetiva y la crítica a la contrapo-

sición entre principios y reglas⁷. Asevera que el *constitucionalismo principialista* o ético requiere presuponer el cognoscitivism ético, incurriendo, por consiguiente, en el absolutismo moral⁸ (situación ésta no menor si consideramos que las sociedades, vg., tienen importantes componentes laicos por un lado, y religiosos por el otro, con lo cual ninguna de estos sectores estaría en condiciones de atribuirse la “verdad moral” en desmedro del otro; y ni hablar si vamos al interior de la conformación del Poder Judicial).

3.2.- El constitucionalismo incorporacionista.

Moreso (MORESO, 2011) propugna un esquema positivista que, a diferencia del propuesto por Ferrajoli, resulta compatible con una moral objetiva y al que denomina *constitucionalismo incorporacionista*.

Para Moreso, los principios y valores mencionados en la Constitución suponen la incorporación de conceptos morales que funcionan en general como *defeaters*, que posibilitan ciertas conductas, en principio prohibidas por reglas, o bien impidiendo a las autoridades a regular las conductas de determinada manera (contraria a dichos principios o valores).

El constitucionalismo aumenta la incorporación de conceptos morales al derecho, pero sólo constituye un “caso especial” de este fenómeno cuya justificación es la necesidad de una aplicación del derecho respetuosa de la autonomía de las personas (el ejemplo por excelencia es el derecho penal). Esta incorporación de conceptos morales y aceptación de la objetividad, sostiene el autor en la obra citada, no implica una conexión necesaria entre derecho y moral ni tampoco debilita la fuerza normativa de la Constitución.

Afirma Moreso que el *iusnaturalismo* puede ser caracterizado por las dos siguientes afirmaciones: 1) hay un conjunto privilegiado de

7 Ello, sin perjuicio de que el *interpretativismo* del último Dworkin asume una forma de objetividad moral que rechaza, en todos los ámbitos de ese dominio, la relevancia de cualquier prueba externa al razonamiento y discusión sustantiva.

8 Por su parte, vale señalar que Mark Van Roojen (VAN ROOJEN, 2015) entiende que la forma en que Ferrajoli equipara “*objetividad moral*” con “*absolutismo moral*” es apresurada e ignora el panorama actual de la metaética contemporánea, que presenta diversas teorías que defienden la objetividad moral sin incurrir en el absolutismo moral, entre ellas, el constructivismo ético y algunas variantes del realismo moral.

principios (o valores, razones, pautas) morales válidos con independencia de cualquier contexto (de las creencias y deseos de los seres humanos en cualesquiera circunstancias); y 2) las normas positivas contrarias a alguno de los principios referidos no son jurídicamente válidas.

En relación a la primera afirmación señala por un lado que “tal vez, como la tradición iusnaturalista destacaba, este conjunto no agota el ámbito de la moralidad, sino sólo aquella parte que se refiere a la vida de las personas en sociedad, sólo aquella referida a la virtud de la justicia”, y además que “no se prejuzga aquí ni la naturaleza ontológica ni la semántica de los elementos de este conjunto privilegiado, la tesis es compatible con un amplio abanico de posiciones metaéticas”. Así, agrega que ambas afirmaciones no constituyen en absoluto una definición de Derecho, pues en todo caso, establecen una condición necesaria para que una norma sea jurídicamente válida, pero insuficiente.

En otras palabras: la segunda tesis o afirmación presupone la primera, es decir, aceptar que las normas contrarias al Derecho natural son inválidas, presupone que hay un Derecho natural (y grafica con el ejemplo de afirmar que si el rey de Francia es calvo supone que hay un rey en Francia).

Así pues, es precisamente la segunda de las afirmaciones transcritas la que establece la tan traída y llevada conexión necesaria entre el Derecho y la moral, puesto que la validez de todas las normas jurídicas depende de su adecuación a la moral⁹.

Ahora bien, este abordaje del constitucionalismo que propone Moreso también es incompatible con el modelo de Dworkin (quien rechazó el *incorporacionismo* desde sus primeros trabajos, aún cuando la tesis no había sido formulada por autores positivistas).

Dworkin había anticipado que la pretensión de reformular el positivismo tradicional (cual postulaba la separación conceptual entre los dos sistemas) incorporando principios morales a los criterios formales de validez, fracasaría inevitablemente al transformar la regla de reconocimiento o bien en inmanejable por su complejidad, o bien

9 Sostiene Moreso al respecto que si por moral se entiende el conjunto privilegiado de pautas válidas con independencia de cualquier contexto, entonces puede sostenerse que la relación es imposible por, al menos, dos razones: porque no existe dicho conjunto privilegiado de pautas morales (posición que parece encuadrar también a Ferrajoli), o bien porque algún rasgo del Derecho hace que su identificación sea incompatible con cualquier consideración moral.

en una trivialidad inútil.

Por ello, toda eventual mutación del positivismo hacia una “versión suave” de la tesis de las fuentes sociales sería un fracaso.

En otro orden de cosas, vale aclarar que según Dworkin ya la tesis del derecho como *moral* constituye en sí misma un argumento contra el *incorporacionismo* que requiere pensar (en forma ideal) en un sistema jurídico, *a priori* podría decirse completamente separado de la moral, al cual las reglas jurídicas añaden “trozos” de moral. No hay conexiones (ni necesarias ni contingentes) si no hay separación que pueda ser establecida conceptualmente. Por lo tanto, entiende Dworkin, que no hay lugar para una tercera vía entre positivismo y antipositivismo.

Es que desde un modelo puramente normativo, donde las instituciones jurídicas son consideradas como instrumentos al servicio del razonamiento práctico, carece de todo sentido requerir el permiso de la incorporación para de las consideraciones morales (como aquellas que exigen, vg., el respeto a la libertad ambulatoria de las personas).

Pues, siguiendo con el ejemplo, si una regla jurídica atenta de modo evidente contra dicha libertad (supongamos una que, sin justificación social alguna, prohíba a todos los individuos salir a caminar en lugares públicos), es claro que, aunque pueda ser identificada y considerada como tal (haber cumplido el mecanismo formal pertinente); no debería ser aplicada por las instituciones competentes, modificándola y sancionándose el derecho que “debería ser”.

4.- EL NEOCONSTITUCIONALISMO.

El término “neoconstitucionalismo” se utilizó por vez primera en una comunicación durante el XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social celebrado en Buenos Aires en el año 1997. Identifica a una perspectiva iusfilosófica contrapuesta a la iuspositivista y que a la vez trataba de diferenciarse del iusnaturalismo.

4.1.- Neoconstitucionalismo principialista.

Vamos a invocar aquí al autor García Figueroa (GARCÍA FIGUEROA, 2011) quien defiende un neoconstitucionalismo totalmente *principialista*, rechazando el positivismo jurídico y afirmando que no es posible distinguir entre reglas y principios, porque no puede propiamente hablarse, en un Estado constitucional, de reglas.

Así, *a priori*, podría establecerse cierto paralelismo entre éste y Dworkin toda vez que aquel considera a la teoría jurídica como “in-

terpretativa” y sostiene que “el desacuerdo entre los diversos constitucionalismos es, en esencia, *metaético* ya que discutir de teoría del Derecho es una manera oblicua de discutir sobre filosofía moral”.

Sin embargo, hay diferencias sustanciales con el sistema “único” que también propone Dworkin.

Pues, para éste no constituye un problema el hecho de que el positivismo sea una teoría de reglas (cosa inadmisibles para el neoconstitucionalismo de García Figueroa). Dicho ello, la distinción entre reglas y principios no juega un papel relevante en la idea de un sistema único, donde las reglas (incluso las reglas secundarias de tipo hartiano) conforman una necesidad de los sistemas jurídicos, en cuanto permiten la creación de derechos legales. De esa manera, la existencia de reglas permite que, en cualquier momento histórico determinado, podamos distinguir entre el “ser” y “el deber ser” del derecho como moral institucionalizada. Sobre esa base, entonces, el razonamiento interpretativo exige que, ante cada instancia de decisión, debamos optar entre distintos criterios posibles para mantener o modificar las reglas.

En definitiva, para Dworkin, es plausible el debate entre el positivismo, que basa a la interpretación en criterios históricos con el objetivo principal de reducir la controversia, y una teoría interpretativa que defiende un modelo constructivo, que da mayor espacio a argumentos de justicia sustantiva (aunque carece de sentido entender ese debate como una contraposición entre reglas y principios). Dworkin, como vimos, no cree que la utilización de criterios convencionales o históricos para interpretar las cláusulas abstractas de la Constitución, como preconizan el *mayoritarismo* o el *originalismo*, sea incompatible con la existencia de Estados Constitucionales, o con los valores fundamentales de éstos.

Otra diferencia es que un modelo normativo e interpretativo del derecho es evidentemente compatible con la existencia de reglas y el reconocimiento de su relevancia.

Para apartarse de esto, García Figueroa trae como contraejemplo el caso “Noara”. En donde una madre menor de edad decide donarle a su hija (beba de meses) una porción de su hígado en contraposición con la norma específica que exigía la mayoría de edad en la persona del donante (otro ejemplo de ese tenor lo encontramos en el precedente argentino “Saguir y Dib”). De esa manera aduce que las normas de un Estado constitucional son derrotables y no se pueden

entender nunca como meras reglas¹⁰.

4.2.- Neoconstitucionalismo postpositivista.

En un intento por superar los sistemas o modelos previos para la fundamentación del constitucionalismo, Atienza (ATIENZA, 2014) presenta una versión *postpositivista*, identificando defectos en el relativismo (afirma la necesidad de una objetividad moral, al menos mínima, para desarrollar una teoría del derecho acorde con las exigencias del constitucionalismo), el *incorporacionismo* (aduciendo inteligentemente que los sistemas jurídicos posibles, donde no se incorporaría la moral al derecho, no son los nuestros, por lo que no vale la pena tomarlos como punto de partida del problema) y el *principlismo* (rechaza que no se pueda hablar de reglas en el Estado constitucional)¹¹.

En su noción de *objetividad* moral rechaza la identificación de objetividad con *realismo* y *absolutismo* (en clara referencia a Dworkin). Pues según éste, la cuestión del límite entre moral y derecho carece de sentido; no puede hablarse de autonomía del razonamiento jurídico cuando este no es más que razonamiento moral institucionalizado.

Para Atienza, concretamente, la unidad de la razón práctica implica que el razonamiento del juez posee una dimensión moral, pero no que el razonamiento moral y el jurídico se confundan, ya que este último goza de autonomía aunque no se pueda trazar un límite preciso entre ambos sistemas. Es decir, mantiene la imagen de los dos sistemas y ubica a la Constitución como haciendo una diferencia en la necesidad de postular una cierta objetividad moral.

Dworkin, establece que el sentido y la valoración del constitucionalismo debe surgir desde el modelo normativo (del sistema único) del derecho como moral y no a la inversa, como sugiere Atienza, a partir de la incorporación por la Constitución de valores y principios morales, que es lo que daría el rasgo distintivo a nuestros sistemas jurídicos, haciendo irrelevante teorizar sobre otros posibles donde esto no ocurriría.

10 Es que el propio Dworkin, incluso, rechaza atribuir al positivismo (en general) la idea de que las reglas deben ser inderrotables y aisladas de la moral.

11 Debe de referirse, entiendo, al *principlismo* que esboza el Dr. García Figueroa, ya que el modelo que expone Dworkin no resulta excluyente en un todo de las reglas.

4.3.- El neoconstitucionalismo “antipositivista” de Alexy. Similitudes y diferencias con Dworkin.

Muchos le atribuyen al profesor Robert Alexy ser el “padre del neoconstitucionalismo”, y de allí seguramente que sea considerado como exponente de más de una versión o expresión del neoconstitucionalismo como el ideológico y el metodológico.

Respecto del primero, sabemos que no prioriza en absoluto la limitación del poder estatal, sino que pone el enfoque en garantizar efectivamente los derechos fundamentales. La segunda de las acepciones sostiene la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa entre derecho y moral.

Los principios, para Alexy (ALEXY, 2009.), vistos como derechos fundamentales en su carácter normativo, van a determinar el alcance material de los límites racionales de los derechos constitucionales fundamentales.

La distinción entre reglas y principios construyó su propia doctrina al tenor de la concepción valorativa de estos dos tipos de normas, pues tanto las reglas como los principios eran normas de igual jerarquía y que respondían a condiciones deónticas similares. Sobre los criterios que se estructuran para determinar cuando estamos en presencia de reglas y cuando frente a principios, está el *criterio de generalidad*, que pregona que las reglas tienen un nivel de generalidad más bajo, que el nivel de generalidad de los principios (ALEXY, 2007).

Hasta aquí, podemos decir que tanto Dworkin y Alexy son teóricos del derecho no positivista cuya concepción del sistema jurídico no se encuentra anclada en la visión unidimensional del iusnaturalismo y el positivismo. Ambos han planteado una perspectiva “interpretativa” superadora de sus predecesores, en la cual, además de la configuración imperativista del engranaje normativo (cuya metodología de aplicación se quedaba encapsulada en la subsunción lógica), pretende incluir conceptos tales como *razonabilidad*, *principios* y *parámetros de corrección extrajurídicos* de alto contenido moral.

4.3.1.- Similitudes principales entre ambos autores.

Algunas similitudes entre ambos autores consisten en las siguientes:

* Una diferenciación a nivel lógico y estructural de las reglas y los principios, asegurando que ambos *estándares* (como los llama Dworkin) o *normas* (conforme los denomina Alexy), constituyen componentes de un sistema jurídico, independientemente de la carga

moral que puedan tener, o no, alguno de ellos.

* Dicho reconocimiento de los principios como estándares o normas existentes en el ordenamiento jurídico, cuya aplicación obedece a criterios de *razonabilidad* para Dworkin, o de *optimización* para Alexy, implica la edificación de una teoría superadora de la subsumción lógica, la cual era empleada a la hora de operativizar las reglas jurídicas mediante la utilización de criterios de racionalidad puramente formal.

* La metodología de solución de conflictos entre principios (*balanceo* en Dworkin y *ponderación* en Alexy), aun cuando estructural, práctica y conceptualmente sea distinta, implica en ambos casos una técnica o procedimiento superador de los criterios tradicionales para resolver las antinomias normativas o los conflictos que pudieran presentarse entre las reglas, en donde, por ejemplo, una prohibiera lo que otra autorizara o prescribiera, y consistentes en los métodos cronológico (ley posterior deroga ley anterior), jerárquico (ley superior inhibe ley inferior) y el de especialidad (ley especial prevalece sobre ley general).

* La conexión necesaria y no simplemente casual entre el derecho y la moral, aunque desde perspectivas diferentes, puesto que para Dworkin esa conexión ingresa a través de los principios entendidos como proposiciones jurídicas que describen derechos esencialmente morales, mientras que para Alexy tal vinculación es el producto de la pretensión de corrección que indefectiblemente contiene todo sistema jurídico.

4.3.2.- Diferencias más relevantes entre ambos modelos¹²...

12 Fuente: Revista "Ius et Praxis", Año 25, N° 3 2019, pp. 167 – 214 (185).

Modelo del “ <i>balanceo</i> ” de Dworkin.	Modelo de la “ <i>ponderación</i> ” de Alexy.
Los derechos individuales (también llamados políticos y cuya esencia es de tipo moral) son descritos por una única forma de estándar: los principios.	Todo derecho (individual o no) se encuentra descrito por una norma, y esta norma puede tener la forma de una regla, un principio o un valor.
Sólo los derechos individuales o fundamentales, y no todos los derechos jurídicos y ni siquiera los constitucionales, representan derechos en contra del gobierno en un sentido fuerte y su formulación se realiza a través de principios.	Las normas pueden ser de carácter iusfundamental; por lo tanto, los derechos fundamentales pueden ser descritos mediante reglas de tipo fundamental, principios de tipo fundamental y valores de tipo fundamental.
Los principios establecen la dirección en la cual se debe decidir, pero no determinan la forma específica en que las personas o el Estado deben comportarse.	Los principios constituyen verdaderos mandatos dirigidos a las autoridades para que éstas realicen algo en la mayor y mejor medida de lo posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas.
Las normas o reglas, en cambio, establecen pautas puntuales de comportamiento.	Las reglas serían un tipo de normas encargadas de establecer mandatos definitivos y determinados para hacer algo.
Los principios poseen un peso o importancia específico que no es asignado por el juez, sino descubierto por este.	Conforme la ley de la colisión, ningún principio es anterior a otro, ni superior, ni jerárquicamente –en su génesis– más fuerte que otro.
Los principios, al condensar derechos individuales, no pueden contener ni ser equiparados con las políticas públicas, los objetivos comunitarios o las directivas políticas.	No solamente los derechos fundamentales pueden ser expresados mediante principios, sino que también cualquier norma puede adquirir esta configuración si constituye un mandato de optimización, de ahí que sea la forma de presentación de la norma y no el contenido (como sí ocurre con Dworkin) lo que eleve a la categoría de principio una disposición jurídica cualquiera ¹ .

4.3.3.- Sobre la ponderación alexyana. Crítica de Sieckmann.

Partamos de la existencia de principios que, además de reglas, integran el ordenamiento jurídico y en particular la Constitución. Los principios son *mandatos de optimización* porque ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de conformidad con las posibilidades fácticas y jurídicas (o sea que pueden cumplirse en diferente grado). Las reglas en cambio son mandatos definitivos, pues contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Deben cumplirse o no. Las reglas se aplican mediante la *subsunción*, mientras que los principios mediante la *ponderación*.

Uno de los objetivos centrales de la obra del autor alemán es sin duda ponderar principios en colisión, tratar de identificar esa *optimización del mandato* para su realización en el caso concreto. De esta forma, uno de los criterios utilizados en esta construcción, es la distinción entre reglas y principios, como la distinción para entender una teoría de los principios y a ellos mismos como *mandatos de optimización*.

El autor alemán había afirmado que “los argumentos de principio son de particular significación. En los Estados constitucionales democráticos, los argumentos de principio se apoyan esencialmente en los preceptos constitucionales. Su utilización incluye en casos difíciles normalmente una ponderación, lo cual indica que los principios tienen el carácter de preceptos de optimización”.

Alexy elabora así la *ley de ponderación*, que promete paliar la dificultad de la distinción entre reglas y principios, conforme a que a mayor grado de no satisfacción o afectación de un principio, mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro principio.

Tal premisa tiene sus cuestionamientos: ¿qué ocurriría según la *ley de la ponderación* si no se pudiera establecer el grado de la mayor o máxima satisfacción del otro principio?

Sostiene por su parte, Sieckmann (SIECKMANN, 2006) que entender a los principios como *mandatos de optimización* no resulta compatible con un modelo que los conciba como razones para los juicios de ponderación. Ello en razón de que: a) el mandato de optimización es, en sí mismo, una regla; b) si se distingue entre el mandato de optimización y el objeto a ser ponderado y se sostiene que los principios son estrictamente éstos últimos, entonces ya no existe ninguna diferencia estructural entre reglas y principios, toda vez que los objetos de ponderación pueden ser tanto mandatos como permisiones o prohibiciones; c) no representa el deber ideal que los

principios suponen, en razón de que estarían explicados por el deber real del mandato de optimización.

Para superar los citados problemas analíticos, Sieckmann prefiere denominar a los principios como “argumentos normativos”, cuya estructura lógica es la de un mandato de validez.

Afirma Sieckmann que: “los principios son *argumentos normativos* que tienen la estructura de mandatos reiterados de validez, mientras que las reglas son el significado de enunciados normativos que expresan los resultados de una argumentación. Por consiguiente, los argumentos normativos exigen que cierta norma o enunciado normativo sea aceptado, y sea validado como resultado de sopesar o ponderar los argumentos que entran en colisión”.

De esa manera, cabría plantearse si a la hora de argumentar para ponderar principios, éstos debieran ser vistos (desde el punto de vista normativo) no sólo como *mandatos de optimización*, ni inclusive como normas *prima facie*, ya que en esta intensión es importante considerar a los principios contrapuestos en colisión conjuntamente como dos normas que quieren encontrar un espacio en la situación puntual que se pondera.

Tal vez, la *ponderación* como método para solucionar colisiones que expresan en su contenido material derechos fundamentales en evidente contraposición, debe ser vista más desde su dimensión cualitativa, y no tanto desde la dimensión cuantitativa que el propio autor le ha querido dar a su ponderación recurriendo a herramientas y razonamientos propios de la “lógica matemática” (sobre todo cuando se refiere a la “fórmula del peso”, en cual pretende darle un peso en abstracto a cada principio que se pondera, y así solucionar las colisiones o las posibles contraposiciones de principios).

5.- CONCLUSIONES FINALES.

Encontramos respuestas a nuestro planteo inicial en el pensamiento de quien ha sido aquí el “autor de cabecera”, Ronald Dworkin, (sin perjuicio de sus críticas) y podemos señalar que el constitucionalismo dworkiniano es una teoría normativa y sustantiva sobre cómo se debe leer la Constitución, y resulta incompatible con las concepciones que le asignan relevancia metaética (en el sentido de constituir un orden objetivo de valores), metodológica o teórica (en el sentido de incorporar la moral al derecho o servir como puente entre ambos sistemas, concebidos como ideal o conceptualmente diferentes) o

metateórica (en el sentido de modificar el tipo de teoría jurídica que vale la pena realizar).

Así entonces, estamos ahora en condiciones de decir que el método de aplicación de las “reglas de juego”, como vimos en la introducción de este trabajo, estaría dada según Dworkin por la separación (diferenciación) de las normas jurídicas y de los principios jurídicos. Lo cual permite además a la actividad judicial, en los casos en los que el operador jurídico (juez) no encuentre la norma válida aplicable, una metodología para construir su decisión en contra de un uso desmedido de la discrecionalidad, he aquí también una respuesta al interrogante de si Derecho es, o no, un “juego de los jueces”.

Finalmente quiero invocar una reflexión parafraseando el pensamiento de otro enorme jurista, como es John Rawls (RAWLS, 1971) en el sentido de que el Estado debe ser quien “manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos”.

En este estado de cosas, cierro estas líneas con la más sincera esperanza de haber dejado planteado al menos una brevísima idea de lo que implica el cambio de paradigma al que hice referencia inicialmente, que ha sido *musa* inspiradora para el desarrollo del presente trabajo.

MATERIAL BIBLIOGRÁFICO CONSULTADO / CITADO

- ALEXY, R. (2007). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid.: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- ALEXY, R. (2009.). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. núm. 11, 3-14.
- ATIENZA, M. (2014). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del neoconstitucionalismo postpositivista. Revista Argentina de Teoría Jurídica, vol 15., 1-29.
- DWORKIN, R. (1977). Taking Rights Seriously. Cambridge (MA): Harvard University Press.
- DWORKIN, R. (1997). The Moral Reading of American Constitution. New York: Oxford University Press.
- DWORKIN, R. (2006). Justice in Robes. Cambridge (MA): Belknap Press.
- FERRAJOLI, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. Doxa.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2011). Neoconstitucionalismo: dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli. Doxa, 121-137.
- LUQUE, P. (2014). DE LA CONSTITUCIÓN A LA MORAL. Conflicto entre Valores del Estado Constitucional. Madrid - Barcelona - Buenos Aires - San Pablo: Marcial Pons.
- MORESO, J. J. (2009). La Constitución: modelo para armar. Madrid.: Marical Pons.
- MORESO, J. J. (2011). Doxa, 183-199.
- RAWLS, J. (1971). A theory of Justice. Harvard College.
- SIECKMANN, J. R. (2006). El modelo de los principios del derecho. Bogotá.: Universidad Externado de Colombia. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. N°. 43.
- VAN ROOJEN, M. (2015). Metaethics: A Contemporary Introduction. New York: Routledge.
- WALDRON, J. (2009). Constitutionalism. A Skeptical View. . T. Christiano.