

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Los neoconstitucionalismos: cuatro versiones

por Rodolfo L. Vigo

Anticipo de “Anales” - Año LXIII
Segunda Época - Número 56

Octubre de 2018

Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico *Dr. Jorge R. Vanossi*

Vicepresidente

Académico *Dr. Roberto E. Luqui*

Secretarios

Académico *Dr. Emilio P. Gnecco*

Académico *Dr. Rafael M. Manóvil*

Tesorero

Académico *Dr. Daniel Funes de Rioja*

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Avenida Alvear 1711, primer piso. Teléfonos: 4812-9327 y 4815-6976
(1014) Buenos Aires - Argentina
academiadederecho@fibertel.com.ar
www.academiadederecho.org

Se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2018.

Palabras de apertura del acto

por Roberto E. Luqui¹

La incorporación de un nuevo académico es un acontecimiento auspicioso para quienes integramos esta corporación, porque incrementa el patrimonio científico, intelectual y cultural que constituye uno de los principales valores de nuestra Academia. En esta oportunidad me cabe el honor de presidir la sesión donde se incorpora como miembro titular el doctor Rodolfo Luis Vigo, designado en el sitio que tiene como patrono a Bartolomé Mitre, uno de los próceres más ilustres de nuestra patria.

El doctor Vigo es un distinguido profesor de filosofía del derecho, que tiene una larga y fecunda trayectoria docente y científica, cuya reseña realizará seguidamente el académico Santiago, quien hará su presentación.

Tiene, además, el privilegio de haber podido unir a sus conocimientos de filosofía del derecho, la experiencia de aplicarlos a la

¹ Palabras de apertura del Académico Vicepresidente, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 23 de agosto de 2018.

realización del derecho, pues se desempeñó también durante varios años, primero en la Cámara de Apelaciones de Santa Fe y luego como juez de la Corte Suprema de Justicia de esa provincia.

Esta doble aptitud seguramente le ha permitido analizar los intrincados problemas que presenta el derecho con mayor objetividad de la que por lo general empleamos los abogados litigantes. Los jueces están habituados a obrar con imparcialidad y mayor independencia de criterio, pues ven las cosas desde fuera del conflicto, y no como parte de él. Y esto es necesario en momentos como los que vivimos, donde los conflictos jurídicos, sociales y políticos se han convertido en una lamentable constante de nuestra vida ciudadana.

En este cometido la filosofía del derecho reviste una importancia fundamental, pues ayuda a encontrar el camino para alcanzar la justicia, como valor inseparable de la moral. Como dice Renard “la técnica jurídica no es un instrumento de precisión sino un instrumento de aproximación”. Y es misión de los hombres de leyes aportar el ingrediente de razonabilidad para unir las exigencias del orden con las sugerencias de la Justicia, fin último del derecho.

Estoy seguro de que el doctor Vigo aportará sus valiosos conocimientos filosóficos y jurídicos para el análisis de los problemas que enfrenta nuestro país.

Discurso de recepción

por Alfonso Santiago²

Tengo el enorme honor y la gran alegría de poder presentar al Académico Dr. Rodolfo Luis Vigo en este acto de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Ingresa hoy a esta corporación uno de los iusfilósofos más destacado del mundo latino en nuestros días, uno de los corretores del Código de Ética Judicial para Iberoamérica y quien mediante su tarea de investigación, publicación y docencia ha realizado aportes fundamentales para la instauración y desarrollo de una nueva disciplina jurídica en nuestro país, como es el Derecho Judicial.

Conocí al Dr. Rodolfo Vigo hace 31 años cuando yo era un joven constitucionalista con algunas inquietudes iusfilosóficas. De entrada, me impresionó su bonhomía, su actitud abierta y amical, su profunda apertura al diálogo y a la realización de proyectos comunes.

² Discurso de recepción del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 23 de agosto de 2018.

Me considero su amigo, además de compañero de aventuras universitarias. Dicen que los amigos no se miran a los ojos, sino que sus miradas convergen en los objetos de interés común. En nuestro caso, la pasión por el Derecho, la Filosofía del Derecho, la vida universitaria y el anhelo por la mejora de la calidad institucional y de gestión de los poderes judiciales de nuestro país y de toda América Latina.

Durante todos estos años pude acompañar a nuestro nuevo académico en numerosos proyectos, particularmente en el Departamento de Derecho Judicial de la Universidad Austral y comprobar su enorme crecimiento académico y la proyección nacional e internacional de su obra y sus enseñanzas en los ámbitos de la Filosofía del Derecho, el Derecho Judicial y la Ética Judicial. A través de sus conferencias, clases, libros y artículos se han formado, sin temor a exagerar, miles de jueces, funcionarios judiciales y abogados en nuestro país y en toda Iberoamérica.

Anécdota:

Rodolfo Vigo nació en su querida ciudad de Santa Fe, cuna de nuestra Constitución Nacional, el 26 de marzo de 1946.

Viene de familia de juristas o muy vinculados al derecho, pues su abuelo, el escribano Salvador Vigo, fue uno de los fundadores de la Universidad Nacional del Litoral; su padre, Rodolfo Luis, fue un abogado de amplia e intensa actividad profesional; sus tíos, Mario Roberto, titular de la Escribanía Vigo, y Salvador, profesor destacado de derecho constitucional en aquella Universidad de Santa Fe.

Es hijo de Margarita Gallo, Chicha, que con sus noventa y nueve años está aquí hoy presente. Está casado con Irma Guidobono, más familiarmente conocida como Marita, con quien ha tenido cuatro hijos (Mariana, Rodolfo, Santiago y Mercedes), es abuelo de diez nietos, a cada uno de los cuales le ha dedicado uno de sus últimos libros.

Es Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral, además de Licenciado en Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Rosario)

Ha sido Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Fe de 1984 a 1988 y ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe entre 1988 y 2007.

Fue fundador y presidente de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas (desde su fundación en 1994 y hasta 1997).

Ha recibido el Premio Konex en 1998 en el rubro “Jueces”, otorgado a los cinco jueces argentinos más destacados de esa década.

Es Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, ha sido presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (2006-2010) y actualmente es director del Departamento “Derecho Judicial” de la Universidad Austral.

Es profesor emérito de la Universidad del Litoral y profesor e investigador en la UCA, además de otras universidades argentinas y del exterior en donde ha dado centenares de cursos, clases y conferencias.

Ha publicado 30 libros, entre los que me permito destacar los siguientes:

1. “Las causas del derecho” (con prólogo de Georges Kalinowski). Abeledo-Perrot. Bs.As., 1983. Segunda edición ampliada año 2010.
2. “Visión crítica de la Historia de la Filosofía del Derecho”. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1984.
3. “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas. (Ross-Hart-Bobbio Dworkin-Villey)”. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1991.
4. “Interpretación constitucional”. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1993.
5. “Filosofía del Derecho”. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1993.
6. “Los Principios Jurídicos” (Perspectiva jurisprudenciales)”. Depalma, Bs.As., 2000.

7. “De la ley al Derecho” PORRUA, México, 2003.
8. “El iusnaturalismo actual (de M. Villey a J. Finnis)”, Fontamara, México, 2003
9. “La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexa Ley – U.B.A., Bs. As., 2004.
10. “Cómo argumentar jurídicamente”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012
11. “Tratado de Derecho Judicial”, obra colectiva codirigida junto con María Gattinoni de Mujía, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.
12. “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias” en EDUCA, Buenos Aires, abril 2015; Porrúa, México, febrero 2016 y Universidad Libre de Colombia, Bogotá, julio 2016.

Hace ya muchos siglos atrás, Catón el Censor definía al juez como “homo bonus, iuris peritus”, hombre bueno y virtuoso, experto en la ciencia y en el arte del derecho. Es la ética personal y el conocimiento práctico y profundo a la hora de discernir lo justo lo que debe caracterizar al juez y en sentido amplio a todo hombre de Derecho. Pienso que estos dos componentes esenciales han caracterizado al Doctor Vigo en el casi medio siglo de su actuación pública en el ámbito de los tribunales y de la vida académica. Quienes hoy estamos aquí podemos dar plena fe de ello. El reconocimiento y el sincero y profundo afecto personal de quienes hemos sido sus colegas, alumnos o amigos son prueba cabal de lo que venimos afirmando.

El doctor Rodolfo Vigo ha sido un continuo constructor de puentes, entre Ciencia Jurídica y la Filosofía del Derecho, entre la Filosofía del Derecho y el Derecho Constitucional, entre el realismo jurídico clásico y las corrientes filosóficas contemporáneas, entre el conocimiento jurídico y la actividad judicial, entre los poderes judiciales de las distintas provincias argentinas y entre la comunidad

jurídica argentina y la iberoamericana. Sus condiciones humanas e intelectuales de apertura a la amistad y al diálogo académico en búsqueda de la verdad, han sido fundamentales a la hora de tender y transitar por esos puentes.

Académico Dr. Rodolfo Vigo: tiene usted sobrados méritos para formar parte de nuestra corporación a la que puede contribuir y enriquecer con su ciencia jurídica, con su sapiencia iusfilosófica y con su experiencia judicial y de vida.

Hoy se incorpora a nuestra casa. Lo hace rodeado de la compañía y el afecto de su familia, de sus amigos, de sus colegas y de sus alumnos muestra acabada de todo el bien que ha sembrado a lo largo de su vida.

Querido Rodolfo, seas muy bienvenido a esta nuestra Academia que ahora espera con ansias tu discurso de incorporación

Los neoconstitucionalismos: cuatro versiones

por Rodolfo L. Vigo³

Índice

A. Agradecimientos	12
B. Referencias evocativas al patrono y al antecesor del sitial.	13
B.1. El patrono del sitial: Bartolomé Mitre	13
B.2. Mi antecesor: el Dr. Santos Cifuentes	15
C. Los neoconstitucionalismos: cuatro versiones	18
C.1. Propósito	18
C.2. El rótulo “neoconstitucionalista”	18
C.3. Las variantes neoconstitucionalistas	22
C.3.1. Fuentes filosóficas	23
C.3.2. ¿Positivismo o No-Positivismo?	28

³ Disertación pronunciada por el Académico, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 23 de agosto de 2018.

C.3.3. ¿Los Principios Jurídicos?	33
C.3.4. ¿Razón Práctica?	35
C.3.5. ¿Argumentación?	38
C.3.6. ¿Derechos Humanos?	41
C.3.7. ¿Los Saberes Jurídicos?	44
C.3.8. ¿La función judicial?	47
C.3.9. ¿Sistema Jurídico?	50
C.3.10. ¿Juridicismo?	56
C.3.11. ¿Validez Jurídica?	60
C.3.12. ¿Objeción de Conciencia?	65
C.3.13. ¿Ética Judicial?	68
C.3.14. ¿Política y Democracia?	73
4. Conclusión.	80

A. Agradecimientos

Corresponde iniciar estas palabras con un explícito y sincero agradecimiento al honor que me han atribuido mis colegas de esta centenaria Academia por reconocerme como un integrante más de la impresionante lista de juristas de tanto protagonismo y trascendencia en la historia nacional. Simplemente un dato contundente, han sido Académicos: un Premio Nobel, dos presidentes de la República y trece jueces de la Corte Suprema de la Nación, y por supuesto muchas cátedras universitarias en distintas materias jurídicas han sido y son ejercidas por integrantes de esta prestigiosa Academia. Esto basta para agradecer vivamente y asumir al mismo tiempo un compromiso con esa historia que tenemos el deber de proteger y potenciar.

Pero a la hora de agradecer no puedo silenciar a los amigos y familiares presentes. Enseñó Aristóteles en su “Ética a Nicómaco” que “la amistad es lo más necesario para la vida. Sin amigos nadie que-

rría vivir, aunque poseyera todos los demás bienes”. Pero entre los amigos, en definitiva, entre los afectos, está la familia que es la síntesis perfecta del amor, y como alguien me enseñó: el ser humano vive para amar y ser amado. Por ello, quiero dejar constancia que en mi caso ha sido la familia un movilizador central, permanente e insustituible de todo lo que emprendí en mi vida, y sin duda he recibido y recibo enormes gratificaciones como resultado de ese compromiso.

B. Referencias evocativas al patrono y al antecesor del sitial

Es hermosa y de enorme valor la tradición de esta Academia que, en el discurso formal de incorporación, se aluda tanto al patrono del sitial que se va a ocupar, como al antecesor del mismo. Por eso las sintéticas, pero justas referencias a Bartolomé Mitre y al Dr. Santos Cifuentes, patrono y antecesor respectivamente de mi sitial.

B.1. El patrono del sitial: Bartolomé Mitre

Como es habitual con las grandes figuras de la historia nacional, ellas padecen inexorablemente apoyos y críticas, Bartolomé Mitre es objetivamente una de aquellas personalidades sin las cuales no podemos entender a nuestro país, y, por ende, no escapa a aquellos juicios polémicos. De todas maneras, prescindiendo de los mismos, es posible hacer algunos señalamientos positivos que resultan inobjetable, y que incluso, pueden constituirse en valores o virtudes para ayer, hoy y mañana para cualquier hombre de buena voluntad. Resulta al respecto procedente comenzar con una enseñanza del mismo Mitre: “Debemos tomar a la Argentina tal cual la han hecho Dios y los hombres, para que los hombres con la ayuda de Dios la vayamos mejorando”. Pero vayamos a esos rasgos que merecen recordarse y no sólo como un mero recordatorio nostálgico, sino como una enseñanza de valor permanente que exceden al sujeto que las posee.

En primer lugar, una pasión indomable y sacrificada puesta al servicio de sus convicciones. Pues Bartolomé Mitre tuvo una vida entregada generosamente a su ideario liberal, y mantuvo una envidiable coherencia sin cálculos egoístas y con un significativo desgaste personal. Hoy vemos con abundancia compromisos débiles, cambiantes y lucrativos, casi esquizofrénicos, además de vergonzantes. Recordemos que la vivienda personal de Mitre donde murió fue comprada por sus amigos y una suscripción popular.

En segundo lugar, su actividad militar y política, le implicó seguramente un tiempo de dedicación notable, que sin embargo no perjudicaron ni restaron atención a sus demandas culturales y formativas. Aquí apelemos principalmente al trabajo investigativo de Mitre en materia de la historia, de la literatura y el periodismo. Un testimonio visible y actual de ese empeño son sus libros dedicados a Belgrano, San Martín, etc. y sus obras poéticas, pero también sus traducciones (la Divina Comedia del Dante, la Eneida de Virgilio entre otras) y el influente diario La Nación creado en 1870.

En tercer lugar, su aporte a la gestación de nuestra nación como la reconocemos y apreciamos. En la integración de la provincia de Buenos Aires con el resto del país, la presencia de Mitre fue un factor decisivo para ese logro. La Constitución argentina tal cual hoy rige, es fruto de aquellos acontecimientos que lo tuvo a Mitre como protagonista principal. Ese es el gran marco en el que inevitablemente se inscribe cualquier proyecto para el futuro de nuestro país.

En cuanto lugar, en el empeño institucional originario de la Argentina, una pieza clave del mismo fue el Poder Judicial, y aquí también aparece la figura gravitante y decisiva del presidente Mitre en nuestra primera Corte Suprema en 1863, conformada no por leales servidores de su interés personal o partidario. Asimismo, en esa consideración de aquel tercio del poder estatal, debemos incluir la ley 48 redactada por los integrantes de la primera Corte Suprema, cuyo objeto fue organizar a los tribunales federales, incluyendo el vigente art.14 que regula el recurso extraordinario federal de inconstitucionalidad.

En quinto lugar, Mitre tuvo claro el papel que correspondía asignarle a la educación si se pretendía un gran futuro para aquella Argentina que se estaba gestando. Llegó a decir: “El número de alfabetos debería estar escrito en las paredes del Congreso para quitar el sueño de los legisladores”, y esa sentencia sigue teniendo un valor apremiante para cualquier dirigente con vocación política o social. El plan llevado a cabo de crear e instalar Colegios Nacionales en distintas ciudades argentinas, fue una herramienta poderosa en aras de alfabetizar y educar a nuestro pueblo.

En sexto lugar, y yendo a uno de los ejes de esta misma Academia que es el derecho, también corresponde acudir al Mitre que posibilitó directa o indirectamente los Códigos de Comercio, el Civil de Vélez Sarsfield y el penal de Carlos Tejedor. No está de más consignar y valorar la permanencia que en el tiempo tuvieron esos regímenes y proyectos jurídicos, por ende, reconocer cuanto le deben todavía las características centrales del llamado derecho argentino, con toda la influencia que ejerció en nuestro continente.

Como anticipamos, los seis señalamientos reseñados son enseñanzas que cuentan con un aval racional pacífico que trasciende a críticos y adherentes, y hacemos voto para que las mismas sigan inspirando a otros argentinos.

B.2. Mi antecesor: el Dr. Santos Cifuentes

Sus sintéticos datos biográficos indican que nació en Buenos Aires el 10 de julio de 1933 y falleció el 31 de octubre de 2016. Doctor en Derecho en 1969. Miembro de esta Academia en el año 2000, su Secretario Académico del 2007 al 2010 y director del Instituto de Derecho Civil de la misma desde el 2004 y hasta su muerte. Juez Nacional de Primera Instancia en lo Civil en 1973 y Juez de la Cámara Nacional en dicho fuero desde 1984. Profesor Titular de Derecho Civil, Parte General, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires en 1982.

En cuanto a su producción científica, comenzaré aludiendo a una anécdota personal curiosa. En mi biblioteca no abundan las obras referidas a las ramas o ciencias jurídicas, más bien está conformada por libros de filosofía en general o filosofía jurídica en particular. Sin embargo, hace unos tres meses, de una manera absolutamente casual, en algún rincón perdido de mi biblioteca, y en ocasión de estar buscando otra obra, encontré el libro de Santos Cifuentes “Los Derechos Personalísimos” publicado por Lerner en 1974. Por supuesto que estando pendiente este acto, procedí a ojearlo y comencé, al hilo de mis anotaciones que había hecho hace unos cuarenta años, a recordar el interés con el que había leído y disfrutado del mismo. Por eso, más allá de las otras obras del Dr. Cifuentes que conservan enorme prestigio y autoridad como, por ejemplo: “Elementos de Derecho”, “El negocio jurídico”, “El Código Civil comentado y anotado” en nueve tomos, y los innumerables escritos que publicó en revistas reconocidas, quisiera aludir en este recuerdo agradecido y emocionado a algunas enseñanzas extraídas de “Los Derechos Personalísimos”. Por supuesto que mi elección es totalmente interesada, dado que explícitamente y desde el comienzo asume el autor que debe prestar atención a “conceptos filosóficos”, así escribe: “Hablar de sujeto y de personalidad importa irse por lo más entrañable, sentido y profundo del Derecho”. Entre las polémicas que abre Cifuentes destacaría la que lo lleva a descalificar a Kelsen: por su olvido del derecho subjetivo, por negar la persona como entidad y por pensar solo el deber como violación. La definición de los derechos personalísimos que propone con explícito sabor iusnaturalista es la siguiente: “Derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona, y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical”, y propone una clasificación tripartita de los derechos personalísimos compuesta por: 1. la integridad física; 2. la libertad; y 3. la integridad espiritual. Luego de denunciar Cifuentes que en los planes de estudio de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de Buenos Aires no hay “casi nada”

sobre los “derechos personalísimos”, sintetiza su disconformidad: “Un inconcebible olvido de una materia tan rica, tan actual, tan elaborada desde hace mucho en países que van mostrando el camino”. El esfuerzo investigativo de mi antecesor se refleja en las más de doscientas cincuentas citas de autores de distinta nacionalidad que van desde Platón, Tomás de Aquino, Kant, Locke a Kelsen, García Maynez, Julián Marías, o Del Vecchio, como así también en las referencias abundantes al derecho comparado.

Por supuesto que desde aquella obra de 1974 y la queja consignada por su autor, mucha agua ha corrido bajo el puente. Pero lo que se puede afirmar es que ese aporte primigenio y premonitorio de Cifuentes, “contribuye a instalar definitivamente el tema en la doctrina argentina”, según lo consigna el académico José Tobías en su carácter de director del Tomo I dentro del Tratado exegético del Código Civil y Comercial dirigido por Jorge Horacio Alterini. En síntesis, aquellos aportes y otros posteriores de Cifuentes germinaron en los artículos 51 al 61 del nuevo Código titulado “Derechos y actos personalísimos” y seguramente en mucha jurisprudencia que ha contribuido a la eficacia de esos derechos.

Más allá de lo señalado que sirve para poner de relieve el valor de un académico que asume su trabajo con una seriedad, originalidad y profundidad digna de reconocerse, agregó que dado que no soy civilista, estimo que lo más apropiado a la hora del juicio de valor del libro expresamente aludido y por extensión de su autor, es acudir a su prólogo escrito nada menos que por Guillermo Borda, quien lo concluye afirmando: “...el autor, que ya nos había dado repetidas muestras de su versación jurídica a través de sus notables sentencias como Juez, y que ahora se nos muestra como un jurista maduro”.

En fin, queda claro que me antecedió en el sillón que ocupó, alguien que puso muy alta la vara de exigencias, seriedad y prestigio académico, lo que obliga a los sucesores a esforzarse por ser fieles a ese mandato.

C. Los neoconstitucionalismos: cuatro versiones

C.1. Propósito

El presente artículo pretende abordar las teorías “neoconstitucionalistas” a partir de precisar el elemento identificatorio de las mismas, y también avanzar en sus distintas versiones reconociendo las tesis características y principales de ellas. A la luz de ese objetivo, será posible efectuar un estudio comparativo de las teorías neoconstitucionalistas en orden a descubrir coincidencias y diferencias. Por supuesto que los límites obvios del trabajo imponen que, en el relevamiento de autores, concentraremos nuestra atención centralmente en aquellos más importantes de las perspectivas neoconstitucionalistas analizadas, privilegiando sus tesis más peculiares, aunque sin perjuicio de ello, si el tema en cuestión lo amerita, apelaremos circunstancialmente a otros representantes.

C.2. El rótulo “neoconstitucionalista”

Es sabido que se le atribuye la invención del nombre de “neoconstitucionalista” a la profesora de la Universidad de Génova, Susanna Pozzolo⁴, y se puede constatar que ese rótulo alcanzó rápido éxito, especialmente en América Latina, España e Italia, impulsado por obras de amplia difusión, como las coordinadas por el catedrático mexicano Miguel Carbonell. Es cierto que en esas obras se incluyeron autores que no se pronunciaron como neoconstitucionalistas, por ejemplo, Robert Alexy, y académicos anglosajones como Ronald Dworkin, ajenos a esas discusiones generadas en conexión con la realidad jurídica europea continental configurada después de la Segunda Guerra. Sin embargo, y un tanto sorprendentemente, algunos de los autores incluidos pacíficamente entre los neoconstitucionalistas, empezaron a manifestar su incomodidad con aquel nombre.

⁴ Cfr. Tecla Mazzaresse “Diritti fondamentali e neocostituzionalismo” en “Neocostituzionalismo e tutela (sovra) nazionale dei diritti fondamentali”, Torino, Giappichelli, 2002.

Buenos ejemplos de esta reacción pueden ser Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza, ambos prefiriendo la denominación de “constitucionalismos”, con los adjetivos de “garantista” y “positivista”, respectivamente, aunque separándose en las razones del rechazo.

Seguimos pensando que es apropiado aquel impugñado rótulo, especialmente frente a la alternativa de insistir con el genérico “constitucionalismos”, dado que todos los autores que se dedicaron a estudiar las Constituciones anteriores a la segunda mitad del siglo XX se los llamó “constitucionalistas”, y ellos en general tuvieron una visión de la misma centralmente política, en tanto les interesaba su parte orgánica, y no prestaron atención a la parte dogmática, atento a que su operatividad quedaba librada a las normas que dictaran discrecionalmente los legisladores. El nombre “neoconstitucionalismo” acentúa la particularidad inédita de interesarse por las Constituciones generadas después de la Segunda Guerra Mundial, focalizando su atención en la primera parte de la Constitución (Preámbulos incluidos); de ese modo, esa nueva mirada destaca que los derechos humanos incluidos en la misma son operativos, estando los diferentes poderes estatales con la responsabilidad de procurar su eficacia y/o no violación. Este reconocimiento de la Constitución como una fuente del derecho o como el “higher law”, suponía que todos los juristas podían y debían ir en todos los casos a preguntarse por la compatibilidad que existía entre aquella juridicidad y la respuesta jurídica explícita infraconstitucional ya dispuesta autoritativamente. En definitiva, los neoconstitucionalistas visualizan y le confieren a la Constitución una operatividad absolutamente original y novedosa para la doctrina constitucionalista generada a lo largo del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, y ello –sumado a lo que más tarde veremos con el tratamiento de escuelas– justifica encontrar un nuevo nombre para este “nuevo” modo de entender y operar a la Constitución. Reforzando esta originalidad, puede agregarse que estos nuevos constitucionalistas ocupan mayoritariamente cátedras de filosofía del derecho y, en buena medida, proponen un modo de “hacer” iusfilosofía con material constitucional; e incluso, aquellos autores que no son profesionalmente iusfilósofos,

los reconocemos como neoconstitucionalistas a partir de ciertas obras que lo acreditan como tales, ese es el caso de Gustav Zagrebelsky y su libro “El derecho dúctil”. Por supuesto que dicha discusión se instala en un campo convencional del lenguaje, y en favor de la opción lingüista hecha –más allá de lo argumentado– pesa significativamente el uso extendido de “neoconstitucionalismo”, no solo en el ámbito académico, sino también en el jurisprudencial.

Precisando lo precedentemente indicado, creemos que es posible avanzar en la nota distintiva de los neoconstitucionalistas, señalando que son aquellos académicos que han elaborado una teoría destinada a “explicar”, “avalara” y “promover” al Estado de Derecho Constitucional y Democrático (EDCD) o simplemente Estado de Derecho Constitucional (EDC). Esa “promoción” puede ser porque se visualiza el modelo como valioso (neoconstitucionalismos: no positivistas –constructivistas o realistas– o positivistas-críticos) o porque se entiende que la “promoción” acentuará las posibilidades de un uso alternativo del derecho o las posibilidades de su aniquilamiento y superación (neoconstitucionalismo crítico o populista). Obsérvese que acudimos a los tres verbos (explicar, avalar y promover), porque hay autores que se han ocupado de explicar al Estado de Derecho Constitucional, pero están muy lejos de avalarlo y promoverlo, un buen ejemplo puede ser Guastini o Comanducci en las filas del iuspositivismo, o Massini y Jorge Portela entre los iusnaturalistas. En cuanto a la segunda nota característica, o sea la carga iusfilosófica que nutre los aportes “neoconstitucionalistas”, la llamamos contingente porque remite a nuestra tradición curricular académica continental (el derecho dividido en ramas según Códigos), y está presupuesto que se admite una distinción fuerte entre filosofía del derecho y ciencia del derecho, aquella abocada a precisar como mínimo el concepto, el valor y las características del conocimiento del derecho, y la ciencia abocada a describir, interpretar, sistematizar y valorar al derecho vigente.

Conforme al señalamiento anterior, para poder terminar de entender a los neoconstitucionalistas, hay que explicar mínimamente qué

características tiene el Estado de Derecho Constitucional (EDC) y los cambios que supuso respecto al decimonónico Estado de Derecho Legal (EDL) que lo antecedió en el tiempo. Recordemos que el EDL nació con la Revolución francesa y el proceso de codificación, pero que ese paradigma o modelo de Estado, de Derecho y de jurista que le era funcional, entró en crisis a partir del Tribunal de Nuremberg, y Europa continental afronta a partir de ese momento la tarea de la construcción de un nuevo Estado de Derecho a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, al que hoy reconocemos como EDC. Éste supondrá cambiar la concepción de Estado y del Derecho y el modelo de jurista que requerían, el que había imperado pacíficamente durante ciento cincuenta años, e ir configurando en su reemplazo un peculiar aparato conceptual y sus respectivas instituciones. En un sintético repaso de las notas distintivas del EDC respecto al EDL podemos señalar: i) se rompe la sinonimia entre Derecho y Ley que fue una de las piezas claves del EDL, pues la ley puede estar en contra del derecho (asimilado a constitución o a moral racional) y, en tal supuesto, quienes pretendan ampararse en la misma corren el riesgo de tener que enfrentar responsabilidades jurídicas; ii) el Derecho experimenta una fuerte moralización o axiologización al incorporarse básicamente los derechos humanos o los derechos fundamentales; iii) la Constitución deja de ser un programa político dirigido al legislador y se convierte en una “fuente del derecho”, en el “higher law”, y ello genera una “constitucionalización” de todo el derecho; iv) se encomienda a los jueces el control de la ley (incluso, para algunos, hasta de la Constitución), en aras de que el derecho no contradiga los derechos humanos o los derechos fundamentales; v) la democracia se configura como “el” sistema político que corresponde adoptar, aunque se reflexione sobre la misma en orden a perfeccionarla o profundizarla; y vi) todos los neoconstitucionalistas toman distancia del positivismo kelseniano, aunque con fundamentos y vehemencia diferentes. Quizás, un modo sesgado de mostrar la relevancia de esos cambios es cuando miramos al delito de prevaricato en el que pueden incurrir los jueces, pues mientras que en el EDL –por ejemplo, en el Código Penal

argentino– la conducta tipificada exigía apartarse de “el sentido de la ley”, en el EDC prevarica un juez –así se contempla en el Código Penal español– cuando dicta “una sentencia injusta a sabiendas”. De todas maneras, como comprobaremos más adelante, hay una marcada diferencia entre, por un lado, los neoconstitucionalistas (críticos o populistas) que rompen con la modernidad y toman distancia de la razón y del derecho que hemos conocido hasta ahora y aspiran fundamentalmente a “criticar” la realidad o a cambiarla de manera radical; y, por el otro, los restantes neoconstitucionalistas (las otras tres versiones) que alientan cambios o profundizaciones en el marco del derecho que conocemos, sin rupturas sustanciales y confiando en la razón como el instrumento idóneo para la tarea propuesta.

C.3. Las variantes neoconstitucionalistas

Precisado el sello distintivo de los neoconstitucionalistas en el punto anterior, corresponde ahora avanzar con sus diferentes versiones⁵. En concreto pensamos que ellas pueden llegar a ser cuatro: i) los no-positivistas, constructivistas o kantianos, donde se agrupa el más numeroso grupo de autores, y también los más citados y estudiados en la actualidad, aquí están: Robert Alexy, Carlos Nino, Ronald Dworkin, Manuel Atienza, etc; ii) los no-positivistas, realistas, iusnaturalistas o aristotélicos, en donde reconocemos a Andrés Ollero, Francesco Viola, Juan Cianciardo, etc; iii) los iuspositivistas críticos o hobbesianos, ésta perspectiva está dominada por Luigi Ferrajoli; y iv) los críticos o populistas, aquí pueden encontrarse diferentes autores que genéricamente y en aras de subrayar sus peculiaridades, procedería identificarlos como posmodernos⁶, ejemplificando con

⁵ Cfr. mi libro “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias”, EDUCA, Buenos Aires, 2015 y Porrúa, México, 2016.

⁶ El carácter diversificado de los críticos queda confirmado por el mismo Kennedy: “Los Critical Legal Studies no son una teoría. Son, básicamente, la literatura producida por esa red de personas” (“Una conversación con Duncan Kennedy” en “La enseñanza del derecho- como forma de acción política”, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2012, p. 87.

los nombres de Duncan Kennedy, Francois Ost, César Rodríguez, Carlos Cárcova⁷, etc. Obsérvese el peso que finalmente adquiere la base filosófica que inspira a esas cuatro perspectivas, pues la clave diferenciadora estará medularmente en: Aristóteles, Kant, Hobbes o los posmodernos.

Conforme señalamos al comienzo, tenemos el propósito de identificar esas cuatro visiones neoconstitucionalistas, y a esos fines, hemos elaborado una lista de catorce cuestiones que permiten marcar las diferencias entre ellas, pero claro está, que en aras de ese objetivo a veces hemos hecho una lectura simplificada o interesada de las posiciones, escogiendo algún autor en particular que resultaba funcional a esos fines diferenciadores. Incluso también, en algún punto recurrimos directamente a proyectar sobre el mismo las consecuencias que en coherencia se derivaban de otras tesis centrales de la teoría. Esas advertencias sobre todo caben para los críticos o populistas atento a la variedad de puntos de vista que pueden agruparse dentro de esa corriente. En cuanto a los catorce puntos que siguen, es posible que se compruebe alguna innecesaria reiteración o superposición, aunque ello se compensa por aportar insistencias o matizaciones que normalmente resultan beneficiosas por razones pedagógicas. De todas maneras, querríamos insistir que no tenemos el propósito ni la conciencia de haber alterado las posiciones centrales de cada una de las cuatro perspectivas estudiadas.

C.3.1. Fuentes filosóficas

Adviértase que una de las causas principales que explica esos diferenciados puntos de vista es su nutriente filosófica, aunque podemos detectar muchas adaptaciones de esta a la hora de formular la respectiva teoría jurídica, por ende, se trata de una clave inspiradora

⁷ Carlos Cárcova reconoce tres versiones críticas: una liderada en Francia por Michel Miaille; otra en Italia la corriente del “uso alternativo del derecho”; y la tercera sería los Critical Legal Studies (“Las teorías jurídicas post positivistas”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 115 y ss).

entremezclada con otras fuentes filosóficas. De esa manera, podemos reconocer que los no positivistas kantianos, abrevan con mayor o menor fidelidad en el filósofo de Königsberg, aunque lo enriquecen con aportes provenientes especialmente de la dimensión pragmática del lenguaje, como es el caso paradigmático de Alexy apoyándose en Habermas. Recordemos algunos rasgos característicos del sistema kantiano: a) racionalismo: pues es la razón la que impone sus leyes a la realidad, construye sobre las funciones lógicas del juicio todas las categorías y principios que han de regir la ciencia y la metafísica; b) idealismo: el hombre tiene una incapacidad radical para conocer el ser tal cual es en sí mismo, el único conocimiento posible es partiendo del caos de sensaciones, someterlo a las formas a priori que aporta el sujeto, posibilitando la construcción de los fenómenos; c) subjetivismo: es el sujeto el que determina al objeto y le prescribe sus leyes; la verdad ya no es conformidad con la cosa en sí, sino conformidad con las leyes subjetivas que producen los fenómenos; d) fenomenismo: el conocimiento humano se reduce al campo de los fenómenos sensibles, y toda la filosofía kantiana es una crítica contra las pretensiones de la razón de elevarse por sobre los límites de la experiencia intentando el conocimiento noumenal de las cosas, y así queda anulada toda posibilidad de la metafísica clásica; e) formalismo moral: la moral no enseña qué debemos hacer sino cómo lo debemos hacer: por acatamiento al deber por el deber mismo, así el deber determina el bien; la moral es apriorística porque se funda en un principio independiente de toda experiencia; y es además autónoma, atento a que el deber no se impone desde fuera a la voluntad sino que proviene de la razón que constituye al hombre, y la voluntad se somete al deber indeterminado con respecto a todo objeto y se da a sí misma su ley, en esto consiste la libertad; y e) liberalismo: lo justo y el derecho quedan definitivamente identificados con la libertad, y el Estado, surgido de esa misma libertad individual, ejercerá su ilimitado poder coactivo para asegurar la coordinación de libertades.

El neoconstitucionalismo realista se apoya originariamente en Aristóteles que sí defendía la posibilidad de conocer las cosas, par-

tiendo de la evidencia de la cosa sensible y visible. Esa gnoseología realista postula que nada hay en la razón que no haya pasado por los sentidos; pero ese conocimiento sensible habilita la instancia del conocimiento intelectual cuyo objeto es aprehender lo que la cosa es, obteniendo el concepto universal que expresa la esencia de esta. La razón humana está en condiciones de develar lo que las cosas son y el orden en que ellas se inscriben, posibilitando en el juicio la verdad en tanto se una o separe sujeto y predicado conforme a la realidad. El realismo metafísico clásico enseña que aquello que abstraemos por medio de nuestros conceptos o ideas está en el entendimiento en universal, pero está en un estado de individualidad en los objetos de la realidad exterior, de ese modo la naturaleza humana está en Juan o Pedro, pero sólo en el entendimiento es propiamente universal, dado que fuera del mismo no existe sino en esos sujetos individuales e identificada con cada uno de ellos, y no en sí misma, separada de esos seres. La universalidad del concepto abstraído de lo individual posee la capacidad de poder aplicarse no sólo al individuo en el que ha sido hallada, sino en cualquier otro sujeto que posea los mismos rasgos esenciales que él expresa. En el campo de “las cosas humanas” —empleando la fórmula aristotélica—, lo decisivo resultaba ser el “bien” que tiene razón de fin para la conducta, el que se busca conocer en las inclinaciones propias de la naturaleza humana (Lachance o Kalinowski) o en la aprehensión de “bienes humanos básicos” directamente ligados a la experiencia humana (Germain Grisez, John Finnis, Robert P. George). La naturaleza humana es constitutivamente social, de ahí que su perfección remite a esa vida social y política que le provee bienes que aisladamente no podría alcanzar.

Respecto de Ferrajoli, y más allá de sus referencias circunstanciales a Kant, nos parece que la filosofía a la que apela con insistencia es a la de Tomas Hobbes. Recordemos que, para el pensador inglés, fiel al tradicional nominalismo oxoniense, la verdad no consiste en las cosas, sino en las palabras. La ciencia parte de la experiencia, pero queda al margen de ella, y se constituye sobre palabras que se van conectando por medio de inducción-deducción puramente mental.

Las palabras se diferencian en “propias” que designan un solo individuo, y las “comunes” que agrupan a un conjunto de individuos. La ciencia es ordenar primero las palabras, luego éstas en juicios, y finalmente los juicios en silogismos, racionios y demostraciones. El ámbito de la filosofía primera es el de las definiciones de una serie de nociones que aplica la física, así, por ejemplo, tiempo, accidente, etc. El conocimiento se constituye desde las sensaciones, y éstas son reacciones mecánicas producidas por los movimientos de los cuerpos. La razón queda asimilada o subordinada a los sentidos, imponiendo nombres a las cosas y asociando o disociando impresiones sensibles. La libertad no escapa al mecanicismo del mundo físico. Los objetos provocan en el sujeto sentimientos de atracción o repulsión, los más fuertes prevalecerán y moverán la voluntad. No hay bien ni mal objetivo; lo útil, placentero y agradable según el criterio del sujeto, será lo bueno y lo opuesto lo malo. Hobbes niega el instinto de sociabilidad, y en el estado de naturaleza todos tienen derecho a todo, incluso sobre el cuerpo y la vida de los demás. El mismo egoísmo del hombre lo lleva a buscar la paz, y para ello decide ascender al estado civil, suscribiendo con los demás un pacto por el que renuncian a sus derechos y libertades, transfiriéndolos íntegramente a un poder soberano único. Así surge el Estado absoluto, el “Dios mortal” o Leviatán, que concluirá con el reino de las pasiones, la guerra y la libertad natural, e impondrá el orden, la seguridad y la razón; pues él será el encargado de determinar lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo, los dogmas y las creencias. En definitiva, muchas de las notas centrales del pensamiento de Hobbes (mecanicismo, matematicismo, materialismo, sensismo, egoísmo, contractualismo, utilitarismo y voluntarismo) se proyectan en la teoría de Ferrajoli, quien con resonancias hobbesianas auspicia a la voluntad como la matriz donde se define el Estado, el derecho y la moral, lo que se ejemplifica en la tesis que la voluntad performativa de la madre convierte en persona al concebido.

Vayamos por fin al neoconstitucionalismo crítico o populista, y comencemos precisando respecto de ésta última adjetivación, que

no está empleada con un sentido peyorativo, sino que con ella remitimos a la teoría social y política que asume explícitamente ese rótulo en autores como por ejemplo Ernesto Laclau. En cuanto a las diferentes bases filosóficas de las perspectivas críticas al menos debemos incluir a los tres teóricos de la “sospecha”: Marx, Nietzsche y Freud, y sus respectivas reformulaciones posteriores (entre otros: Gramsci, Althusser, Derrida, Lacan y Foucault). Quizás lo decisivo y destacable es que aquella teoría se reconoce como un pensamiento de izquierda⁸, reconociendo su carácter posmoderno⁹ en cuanto se renuncia al proyecto y promesas de la ilustración, dado que la razón ha implicado engaño, desilusión o desencanto al servicio del poder y la dominación. Esa razón ilustrada ha pretendido construir metafísica negando que todo se reduce a fenómenos; ha distinguido el error de la verdad cuando entre ellos no hay contradicción y sólo apariencias e interpretaciones; ha inventado el concepto de individuo y sujeto; ha pretendido saberes universales ignorando un eterno devenir; ha proclamado una moral al servicio de los señores alimentada desde la moral de los esclavos; ha intentado ocultar y domesticar la voluntad de poder y dominio; y ha reducido la política a espectáculos y representaciones. Yendo específicamente al representante más conocido de los Critical Legal Studies (CLS), el profesor de Harvard Duncan Kennedy se asume “left modernism/postmodernism” y ha confesado la influencia que recibió de “Freud y Nietzsche”¹⁰. En definitiva, aquel hombre que inventó la epistemología cartesiana es sentenciado a muerte por Foucault, luego de la muerte de Dios proclamada por

⁸ Duncan Kennedy se ha identificado con un proyecto que es a la vez de izquierda y modernista/posmodernista, de modo que suma cambiar el sistema de jerarquía social y alcanzar experiencias estéticas/emocionales/intelectuales trascendentes (Cfr. “Left Legalism/Left Critique”, Duke University Press, 2002).

⁹ Boaventura de Sousa Santos, precisa que opta por un “posmodernismo de oposición” y no por un “posmodernismo celebratorio” (“Sociología jurídica crítica”, Trotta, Madrid, 2009). Acerca de la posmodernidad puede consultarse Jesús Ballesteros “Postmodernidad: decadencia o resistencia”, Tecnos, Madrid, 1989 y “El debate modernidad posmodernidad”, compilación Nicolás Casullo, Punto Sur, Buenos Aires, 1989.

¹⁰ Cfr. “A Conversation with Duncan Kennedy” en *The Advocate*. The Suffolk University Law School Journal, vol. 24, n.2, 1994.

Nietzsche; pues como anticipó Althusser: la historia es un proceso sin sujeto ni fines. Pietro Barcellona –desde el uso alternativo del derecho– afirma que la idea moderna de subjetividad conduce necesariamente a la negación del individuo: “La sociedad que se instituye a partir de la modernidad es una sociedad paradójica; es una sociedad de individuos aislados que sólo se relacionan a partir de la relación jurídica y que se convierten en ‘sujetos’ porque el derecho los instituye”, pero ese sujeto es “un producto del mismo derecho, no tiene ninguna consistencia autónoma...equivale a decir yo no soy nada”¹¹. En el trasfondo de esta cuarta versión neoconstitucionalista está la ruptura con Aristóteles, Kant y también con Hobbes, y si bien las perspectivas que agrupa son muy variadas y diferentes, ellas en general y su mayor originalidad consiste en rechazar junto a la modernidad, la razón o la verdad, algún orden descubierto o construido por la razón que posibilitará una convivencia buena o beneficiosa para el hombre que el derecho debe proteger e imponer. La tarea crítica o destructiva se justifica en sí misma y poco importa lo que sobrevendrá a posteriori, pues corresponde cambiar –siguiendo a Nietzsche– la pretensión ilusoria de Verdad por lo que se tenga por verdadero; quizás slogans como “la imaginación al poder” o “prohibido prohibir”, reflejan aquellas convicciones profundas posmodernas.

C.3.2. ¿Positivismo o No-Positivismo?

Alexy precisa que después de dos mil años sigue habiendo dos posiciones centrales acerca del concepto del derecho: la positivista (positivistische Theorien) y la no-positivista (nicht-positivistische Theorien), y la clave distintiva se conecta con la relación entre derecho y moral; mientras que aquella niega una conexión necesaria y esencial entre esos dos mundos, la no-positivista la afirma, por eso ésta última niega que haya derecho cuando su contenido es extremadamente injusto, inmoral o irracional. Dicho lo mismo de otro modo:

¹¹ Pietro Barcellona “El individualismo propietario”, Trotta, Madrid, 1996, p. 150.

para los positivistas no hay otro derecho que el puesto y reconocido como tal cualquiera sea su contenido, y para los no-positivistas hay alguna juridicidad que se torna necesaria o incompatible con el derecho que pretende reconocerse como tal. Por supuesto, que los neoconstitucionalistas kantianos o constructivistas y también los iusnaturalistas o aristotélicos asumen una posición no-positivista, al margen de sus diferencias en torno a: fundamentos, el modo de conocer y la amplitud de las exigencias indisponibles para el que crea derecho. Pero veamos con más detalles esas dos teorías neoconstitucionalistas no-positivistas.

Empecemos con Alexy, para quien la conexión entre derecho y moral racional implica centralmente la tesis radbruchiana de “la injusticia extrema no es derecho” y, consecuentemente tampoco lo son los órdenes sociales “absurdos” (en los que está permitido cualquier acto de violencia y en los que no existen fines coherentes, sino contradictorios, cambiantes e incumplibles) y los “depredatorios” (las bandas de los dominadores armados, si bien establecen algunas normas, ellas no fundan ningún derecho de los dominados). La conclusión no positivista alexyana es que “una práctica social que no pretendiese nada más que el poder o la fuerza no sería un sistema jurídico”¹², o también con resonancias radbruchianas: “El derecho es una realidad que tiene el sentido de servir a los valores jurídicos”¹³. Insistamos: el no-positivismo recusa la tesis típicamente positivista que cualquier contenido puede ser derecho, de manera que hay algún contenido necesario o incompatible con el derecho.

Yendo ahora al neoconstitucionalismo aristotélico o realista, destaquemos que la mencionada tesis de un límite moral racional en el derecho tiene claras resonancias en el realismo jurídico clásico, pues fácilmente se asocia a la tesis tomista que “la ley injusta no

¹² Robert Alexy “Derecho y moral” en “La institucionalización de la justicia”, Granada, Comares, 2005, p. 22.

¹³ Robert Alexy “El concepto y la validez del derecho”, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 40.

es ley sino corruptio legis”. Desde esa escuela explica Casaubón¹⁴ que el jurista tiene que estar advertido de los diferentes modos de la injusticia en las que puede incurrir el derecho (plenamente justo, más o menos justo o injusto, o claramente injusto) y, en consecuencia, cuando la detecta de una manera grave y visible en una norma, no debe reconocerla simplemente como derecho. Recordemos con Aristóteles que los opuestos pertenecen al mismo saber, de modo que quien estudia la justicia también estudia la injusticia, por eso el jurista tiene que ocuparse de lo injusto o el médico de la enfermedad. Centralmente aquí se suscribe también aquello que no cualquier contenido puede ser derecho, en tanto hay alguno que necesariamente debe receptorlo y otro incompatible con el mismo.

Ferrajoli desde su “positivismo crítico o “constitucionalismo positivista”, afirma de mil maneras contra Sir Edward Coke y respaldándose en Hobbes: “Auctoritas, nom veritas, facit legem”, por ende, no realiza ninguna concesión a los que él rotula neoconstitucionalistas, con los que busca distinguirse tajantemente, llamándolos iusnaturalistas, cuasi iusnaturalistas o de matriz anglosajona. El derecho para el profesor italiano solo tiene derecho, incluso los derechos humanos que se generaron y contienen pre-jurídicamente moral, cuando se convierten en derechos fundamentales pasan a ser solo derecho, resultando irrelevante de dónde vienen. Consecuentemente, y en relación a Alexy, rechaza explícitamente la posibilidad de desconocer como derecho a aquél que contiene una extrema injusticia: “En resumen, la tesis de que todo ordenamiento jurídico satisface objetivamente alguna ‘pretensión de corrección’ y algún ‘mínimo ético’, de modo tal que Derecho y moral estarían conectados, y la justicia, al menos en una medida mínima, sería un rasgo necesario del Derecho y una condición de validez de las normas jurídicas, no es más que la vieja tesis iusnaturalista”¹⁵. Incluso Ferrajoli llega a

¹⁴ Cfr. Juan A. Casaubón “Estudio crítico sobre la lógica del ser y la lógica del deber ser en la escuela egológica”, en Ethos, Revista de Filosofía Práctica, n 2-3, Buenos Aires, p. 46.

¹⁵ Luigi Ferrajoli “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, Alicante, Doxa 34, (2011), p. 31.

rechazar la idea clásica que el derecho y el Estado son realidades naturales y necesarias expresada en la fórmula “ubi societas, ubi jus” y apoyándose en Hobbes afirma: “La idea del contrato social es una gran metáfora de la democracia”¹⁶.

El neoconstitucionalismo crítico si pretende ser coherente con su planteo posmoderno, no puede entrar al juego del positivismo o no-positivismo, y su “teoría del derecho tiene que ser otra cosa”¹⁷, así explícitamente lo admite Kennedy: “En lugar de edificar una nueva teoría (que reemplace a la deconstruida), busca inducir...las emociones modernistas asociadas con la muerte de la razón-éxtasis, ironía, depresión...”¹⁸. Los estudios críticos pretenden demoler o tirar a la basura (trashing) al derecho tradicional¹⁹, y rechazan propuestas reconciliadoras entre el derecho y la razón, exigiendo desde una perspectiva de izquierda “tomar en serio la ideología”, apartándose de toda aspiración conceptualizadora en tanto “fossilizante”, llegando a postular la “muerte de la razón” al dar a luz al liberalismo. La impronta irracionalista de Kennedy es clara: “Nosotros, los sureños, estábamos en lo correcto desde el inicio, y de muchas maneras, como pequeños posmodernos. Tendíamos a ser extremadamente escépticos sobre las pretensiones de llegar a la universalidad y la verdad y dudábamos del poder racionalista que los norteros atribuían a sus teorías, tanto descriptivas como normativas. Tendíamos a pensar que tanto en el entendimiento de la realidad como en la decisión sobre qué hacer, había extensas áreas de indeterminación, confusión y vaguedad. Categorías como la intuición, el decisionismo, la intersubjetividad, la estética (que los norteros podrían habernos atribuido) e incluso el golpeteo de mesas de los espiritistas, eran absolutamente esenciales tanto para decidir qué estaba ocurriendo como qué ha-

¹⁶ Luigi Ferrajoli “Democracia y garantismo”, Trotta, Madrid, 2008, p. 29.

¹⁷ Diego López en Presentación de “Libertad y restricción en la decisión judicial”, Duncan Kennedy, Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1999.

¹⁸ Duncan Kennedy “A Critique of Adjudication”, Cambridge, Harvard University Press, 1997, p. 342.

¹⁹ Mark Kelman “Trashing”, Stanford Law Review, 36, 1984.

cer”²⁰. Interpretando a los “CLSers” o “Crits”, Owen Fiss no duda en atribuirles “negar la pretensión característica de que el derecho es una forma de racionalidad...Es simplemente política vestida de otros ropajes”²¹. Incluso las teorías críticas –concluye Molina Ochoa²²– se han abocado más al diagnóstico que al tratamiento de los males del derecho contemporáneo.

Ya hemos señalado que los estudios críticos resultan pronunciadamente variados, y en particular en torno al derecho existe una lectura que le reconoce una “autonomía relativa”²³, de manera que no lo ve como la visión marxista ortodoxa que lo asimilaba a un simple producto determinado o al reflejo de la infraestructura socioeconómica²⁴, lo que conlleva a reconocerle cierta relevancia social en tanto “ideología legitimadora”. El derecho no es sólo un instrumento de la lucha de clases, sino también un terreno para la lucha de clases, y el mismo genera un complejo de prácticas discursivas que estructuran las percepciones de la sociedad y que actúan para reproducir o intentar cambiar dicha realidad social. De ese modo, el derecho asume un “aspecto paradójal” y en “situaciones de crisis, en las que los niveles de conflicto se acentúan, ese discurso meramente ideológico, se transforma en una formidable herramienta de lucha, de denuncia, de resistencia a la opresión”²⁵, y concluye Cárcova: “El hilo de la opacidad, pues, ha procurado enhebrar asuntos aparente-

²⁰ Hackney, James R., “Legal Intellectuals in Conversation – Reflections on the Construction of Contemporary American Legal Theory”, New York University Press, Nueva York, EE.UU., año 2012, p. 31.

²¹ Fiss, Owen, “El derecho como razón pública”, citado por Massini Correas, Carlos I. en “Objetividad y racionalidad en la interpretación jurídica”, *Prudentia Iuris* Nro. 71, p. 101. Algo similar afirma Mark Tushnet “Critical Legal Studies: A Political History”, *The Yale Law Journal*, vol. 100, n. 5, 1991, p. 1515.

²² Andrés Molina Ochoa “Estudios Críticos del Derecho”, Biblioteca Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015, p. 435.

²³ Mark Kelman “A Guide to Critical Legal Studies”, Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1987, p. 248.

²⁴ Cfr. Juan A. Pérez Lledó “El movimiento Critical Legal Studies”, Tecnos, Madrid, 1996, p. 386 y ss.

²⁵ Carlos M. Cárcova “Acerca de las funciones del derecho” en “Materiales para una teoría crítica del derecho”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 218.

mente tan heterogéneos...una parte del derecho no es fatalidad. Es manipulación, ocultamiento, monopolización deliberada del saber, es estrategia de reproducción del poder. Y que tal estado de cosas es susceptible de ser democráticamente modificado”²⁶.

C.3.3. ¿Los principios jurídicos?

Frente a las visiones de Kelsen o Hart que reducía el derecho a normas o reglas, sabido es que en la década del 60 aparecerá Dworkin²⁷ afirmando que en el derecho hay principios, los que, a diferencia de las normas, no son susceptibles del test de origen o pedigrí porque ellos están en el derecho, aunque nadie los haya puesto, más aún, como lo advierte Nino, resulta irrelevante que los principios dworkinianos sean consagrados autoritativamente por normas²⁸. Luego, claramente en la década del 80 será Alexy con su “Teoría de los derechos fundamentales”, el que reclamará los principios (Prinzipien) en el derecho, para que por medio de ellos se puedan resolver las indeterminaciones de las normas o –mejor dicho– reglas (Regeln), las antinomias, los silencios normativos y superar la disvaliosidad grave contenida en las normas. En la teoría alexyana las normas son “mandatos definitivos”, en tanto definen la conducta que se manda, y solo cumpliéndola el destinatario satisface a la misma; pero los principios son “mandatos de optimización” en tanto mandan la mejor conducta posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas, que el jurista irá determinando en cada caso.

Claramente los iusnaturalistas nunca auspiciaron visiones estrictamente normativistas²⁹, pues los principios –en clave metafísica– indican el origen del derecho, que a su vez tienen razón de fin; dicho

²⁶ Carlos Cárcova “La opacidad del derecho”, Trotta, Madrid, 1998, p. 183.

²⁷ Cfr. mi libro “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas (Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Villey, Alexy, Finnis)”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.

²⁸ Cfr. Carlos Santiago Nino “La validez del derecho”, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 153.

²⁹ Cfr. mi libro “Los principios jurídicos”, Depalma, Buenos Aires, 2000.

más simplemente, en el origen del derecho están las estructuras e inclinaciones constitutivas de lo humano, y el derecho tiene el sentido genético y justificador de servir prudencialmente a la planificación de los seres humanos en tanto miembros de una comunidad. Más aún, el proceso de “determinación” y “conclusión” conforme al cual la autoridad crea el derecho positivo, remite a los primeros y segundos principios en los que está contenido el derecho natural. Suponer que los casos jurídicos son siempre subsumibles en los genéricos contenidos en las normas, contradice las características más elementales de la razón práctica, especialmente en el nivel prudencial. Un ejemplo clásico de esos principios que abren la alternativa dentro del derecho de apartarse de la norma es la equidad, que habilita al jurista a concretar para el caso una solución que rectifica la genérica solución de la norma.

A los neoconstitucionalistas no positivistas con los que Ferrajoli nada quiere saber, los llama también “principalistas” porque él pretende un derecho solo con reglas, e incluso cree que en general el problema de los principios tiene que ver con un problema del lenguaje, en cuanto es posible y conveniente redactarlos al modo de las reglas y, de ese modo, superar las indeterminaciones habituales que aquellos generan, lo que a su vez potencia la peligrosa y deslegitimadora discrecionalidad judicial. A los fines de asegurar lo más posible la legitimidad de la jurisdicción, que se apoya en el carácter cognoscitivo de la subsunción y aplicación de la ley, confía Ferrajoli “en el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible”³⁰. Frente a la insistencia principalista Ferrajoli afirma: “Que la mayor parte de los principios se comportan como reglas. Ciertamente, existen principios que enuncian valores y directivas de carácter político, cuya observancia o inobservancia no es fácil de identificar, pero se trata de normas relativamente marginales”³¹.

³⁰ Luigi Ferrajoli “Derecho y razón”, Trotta, Madrid, 1995, p. 51.

³¹ Luigi Ferrajoli “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, *Doxa* 34, p. 37.

Acierta Atienza en identificar a la CLS con tres tesis sobre el derecho: su carácter contradictorio, indeterminado e ideológico³². Ellas conllevan que el jurista asume un rol político operando en la lucha por el poder que es constitutivo de toda sociedad, y en esa tarea la indeterminación en las respuestas jurídicas puede jugar un papel importante. Las teorías críticas respaldan que al derecho se le puede hacer decir lo que el jurista quiere, es que “al aplicar argumentos no deductivos lo que el juez pondera es, en última instancia, posturas ideológicas opuestas, frente a las cuales toma partido al inclinar la balanza en favor de una u otra...los argumentos no deductivos, utilizados a diario en la práctica del derecho, son para Kennedy el “caballo de Troya” mediante el cual la ideología se introduce en la médula del discurso jurídico”³³. Kennedy se manifiesta particularmente crítico de Dworkin, llegando a sostener que nunca hay una respuesta jurídica correcta³⁴, y el jurista acude a los argumentos de conveniencia o directrices políticas que son “traducción de la ideología” e instrumentos de la ideología, de ese modo “los textos legales están allí, esperando el trabajo ideológicamente orientado del juez”³⁵. Un derecho cargado de principios facilita el uso ideológico y político del derecho, posibilitando un “uso alternativo” del mismo, de modo que permita alterar la relación de fuerza que lo generó.

C.3.4. ¿Razón práctica?

A esta pregunta decisiva, la responden positivamente tanto los neoconstitucionalistas kantianos como los aristotélicos, aunque con diferencias explicativas significativas que fueron indicadas sucinta-

³² Manuel Atienza en el Prólogo a “El movimiento Critical Legal Studies” de Juan A. Pérez Lledó, ob. cit. p. 15.

³³ Cesar Rodríguez en Estudio Preliminar a Duncan Kennedy “Libertad y restricción judicial en la decisión judicial” ob. cit. p. 76.

³⁴ Ver Duncan Kennedy, “A Critique of Adjudication, Fin de Siécle”, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, año 1997, p. 129.

³⁵ Duncan Kennedy “A Critique of Adjudication, Fin de Siécle”, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, año 1997, p. 177.

mente en 3.1. Viene de Aristóteles la distinción precisa que la razón funciona teórica o especulativamente, cuando se limita a conocer o decir lo que son las cosas con una mirada típica de espectador; pero también la razón opera como práctica en tanto funciona dirigiendo o valorando las conductas humanas en orden a distinguir cuáles son las buenas o las justas y las opuestas. De ese modo, es posible formularle a la razón práctica preguntas morales o valorativas, dado que ella puede responder conociendo las respuestas que resultan objetiva y positivamente valiosas. Mientras que los iusnaturalistas apelan a la naturaleza humana o estructuras constitutivas de la misma a los fines de indicar que es lo bueno o justo; en los kantianos hay presupuestos contrafácticos o contruidos que permiten saber y reconocer a lo valioso y a lo disvalioso. Por sobre esas diferencias, la coincidencia está en confiar en que la razón está en condiciones de conocer –en mayor o menor medida– lo que resulta objetivamente bueno o justo, más allá que los seres humanos se equivoquen a la hora de formular los juicios en esos terrenos, porque además de una moral subjetiva y social existe una moral racional o crítica desde la cual se puede juzgar a ambas. Es cierto que en Alexy hubo una insistencia en la racionalidad práctica procedimental reguladora del diálogo, pero luego avanzó en posiciones que no se limitaban a lo correcto, sino que afirmaban lo verdadero³⁶. Por el lado iusnaturalista pensamos que ha predominado la atención preferente en la racionalidad práctica sustancial, aunque ha habido autores de esa corriente que no han descuidado las exigencias que la razón reclama al derecho en su dimensión formal o procedimental, un buen ejemplo de ellos puede ser Fuller, Finnis o Kalinowski.

En el caso de Ferrajoli hay un pronunciado rechazo de cualquier presencia de una razón práctica moral, más aún, en este punto se muestra como un escéptico ético radical al modo que lo fue Kelsen. Y si bien el maestro italiano reivindica como justificación de los de-

³⁶ Robert Alexy “Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años”, traducción de Carlos Bernal Pulido en “La doble dimensión del derecho”, Lima, Palestra, 2011.

rechos fundamentales a cuatro valores (igualdad, paz, democracia y tutela del más débil), aclara –siguiendo a Bobbio³⁷– que los valores se asumen, pero no se justifican racionalmente. La prevención ferrajoliana contra la razón moral llega a tal extremo, que acusa a los que confían en ella, en estar condenados a ser intolerantes o totalitarios; específicamente afirma Ferrajoli: “El cognitivismo ético supone el objetivismo moral y lleva inevitablemente al dogmatismo y al absolutismo moral”³⁸. A lo sumo entre los derechos fundamentales y los cuatro valores, la única racionalidad que puede llegar a admitir Ferrajoli es la instrumental³⁹, técnica, pragmática o utilitaria, en tanto que, escogidos irracionalmente los valores, corresponde actuar a los fines que los mismos triunfen o prevalezcan; de todas maneras, advertimos que la mirada del jurista positivista-crítico opera en el marco del sistema jurídico, que ha marcado y delimitado la constitución.

Habiendo identificado a Kennedy con una posición irracionalista, resultará coherente con la misma, su rechazo a una razón capaz de dirigir y valorar las conductas humanas, porque los juicios de valor son una cuestión de preferencia, subjetividad o arbitrariedad⁴⁰. Con cierta ironía afirma el profesor norteamericano: “No veo que las formulaciones abstractas sobre las buenas cosas de la vida, sean mucho más útiles para mí que las especulaciones sobre la re-encarnación, prefiero correrme a un costado y recurrir al humor cuando se trata de formular una teoría de la naturaleza humana que se pretenda que pueda orientar la conducta de los hombres”⁴¹, y en relación a las posiciones políticas norteamericanas típicas, o sea liberales y conserva-

³⁷ Cfr. Norberto Bobbio “Sul fondamento dei diritti dell’uomo”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1965, (XLII), p. 302 y 304.

³⁸ L. Ferrajoli - J. Ruiz Manero “Dos modelos de constitucionalismo-una conversación”, Trotta, Madrid, 2012, p.66.

³⁹ Luigi Ferrajoli “Los fundamentos de los derechos fundamentales” en “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, Ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, p. 317.

⁴⁰ Cfr. Duncan Kennedy “Left Legalism/Legal Critique”, *ob. cit.*

⁴¹ Duncan Kennedy - Peter Gabel, “Roll Over Beethoven”, *Stanford Law Review*, Vol. 36:1, año 1984, p. 3.

dores, las acusa de “abrazar los códigos morales judeo-cristianos”⁴². En definitiva, “el derecho echa mano del par represión/ideología. No es solo violencia monopolizada, es también un discurso normalizador y disciplinario en el sentido foucaultiano”⁴³, aunque atento a la función paradójica que asume el derecho, no se descarta que el jurista-político termine explotando las posibilidades que ofrece en orden a una función reformadora o revolucionaria. Acudiendo a Gramsci, quizás haya que conectar esa “razón” con el concepto de “hegemonía” que los grupos dominantes ejercen respecto de toda la sociedad, presentando como universales los que son sus propios intereses particulares, pero logrando un consenso que respalda la dominación⁴⁴.

C.3.5. ¿Argumentación?

La “Teoría de la argumentación jurídica” de Alexy de 1978 consolida los esfuerzos iniciados unas décadas anteriores por Perelman, Toulmin y Viehweg. Por esa vía, se potencia el camino destinado a dejar atrás la decimonónica idea que los juristas cuando deciden un caso lo hacen por medio de la interpretación, o sea, desentrañando un sentido contenido en la norma legal a través de ciertos métodos, al que luego silogísticamente proyectan sobre dicho caso, siendo éste una instancia individual del genérico contenido como supuesto fáctico en la ley. También se supera al voluntarismo interpretativo propuesto por Kelsen, y se reconoce que el jurista debe primero identificar las respuestas jurídicas válidas disponibles en el derecho vigente, para luego escoger racionalmente la mejor o la más justa y brindar las razones o argumentos que la sustentan o fundan. El trabajo del jurista es justificación racional de su respuesta, controlada internamente por la lógica (justificación interna), pero también motivando cada una de las premisas o enunciados contenidos en su

⁴² Duncan Kennedy, “A Critique...”, p. 47.

⁴³ Carlos Cárcova “Acerca de las funciones del Derecho”, en ob. cit., p. 214.

⁴⁴ Cfr. Carlos Cárcova “La opacidad del derecho”, ob. cit. p. 152 y 153.

razonamiento, por medio de argumentos coherentes, consistentes y suficientes (justificación externa). La tesis alexyana al respecto es que el discurso jurídico es un caso especial del discurso moral o diálogo racional (Sonderfallthese), aunque limitado por el derecho, la ciencia y la jurisprudencia. Los seguidores de Kant tienen vedado recurrir a la prudencia, dado la redefinición que promueve el filósofo de Königsberg de la misma asociándola al interés individual o egoísmo.

Ya Aristóteles planteó que junto a los razonamientos necesarios o apodícticos estaban los razonamientos dialécticos o retóricos, los que, a diferencia de aquellos, partían de premisas verosímiles o plausibles. Precisamente los casos jurídicos normalmente recurren a éstos últimos tipos de razonamientos, por ende, se requiere el trabajo argumentativo, o sea argüir razones que respalden la propuesta de solución, dado que en ese terreno no es posible demostraciones, ni tampoco se está frente a algo evidente. En el esquema del iusnaturalismo ese trabajo del jurista se instalaba en el campo del saber prudencial⁴⁵, que operaba como una especie de puente entre lo general y lo absolutamente concreto o circunstanciado⁴⁶, así lo señala Ramírez: “Por ser la prudencia razón activa, es necesario que el prudente posea ambos conocimientos, esto es, tanto el universal como el particular”. En ese razonamiento prudencial jurídico no sólo debe estar la lógica, sino también la retórica⁴⁷, ello atento a los consejos aristotélicos que acudan a la misma los que promueven la verdad y la justicia.

Ferrajoli, coherentemente, nada quiere saber con los “argumentativistas” porque ellos necesariamente confían en alguna razón práctica moral o valorativa, mientras que su planteo es radicalmente

⁴⁵ Cfr. mi libro “Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

⁴⁶ Santiago Ramírez “La prudencia”, Madrid, Palabra, 1978, p. 134. En torno de la prudencia las obras de Domingo P. Basso son muy recomendables y una síntesis puede verse en “La prudencia eje de la moral” en “Los Fundamentos Metafísicos del Orden Moral”, EDUCA, Buenos Aires, 2004.

⁴⁷ Cfr. mi libro “Interpretación (argumentación) jurídica...”, ob. cit.

escéptico en ese terreno. La propuesta ferrajoliana se mantiene en adjudicar a la voluntad de la autoridad la creación volitiva del derecho, y luego en la aplicación para el caso lo fisiológico es el “saber”, siendo lo patológico el “poder”. Para el profesor italiano el poder judicial o el de los jueces, abarca: i) el poder de denotación o de interpretación o verificación jurídica; ii) el poder de comprobación probatoria o de verificación fáctica; iii) el poder de connotación o de comprensión equitativa; y iv) el poder de disposición o de valoración ético-político; de ese modo la suma de los tres primeros poderes Ferrajoli los llama poder de cognición y constituye un espacio de poder fisiológico, pero el poder de disposición “es el producto patológico de desviaciones y disfunciones políticas injustificadas de los tres primeros tipos de poder”⁴⁸.

El neoconstitucionalismo crítico asumiendo la indeterminación del derecho y las posibilidades que tiene el jurista de hacerle decir al mismo lo que le interesa que diga, el tema de la argumentación es remitido a esa racionalidad no jurídica sino simplemente estratégica o pragmática, que el juez pone en movimiento a los fines de llegar a la sentencia que quiere llegar, pero que no coincide con la que le exige la ley. Advierte Kennedy que “De lo que se trata con la argumentación jurídica es de ser capaz de cerrar grandes brechas de obvedad con la menor perturbación posible de los elementos que conforman el campo. Estoy hablando de la habilidad para combinar distintas jugadas interpretativas: reformular hechos, decisiones judiciales, normas, argumentos de conveniencia pública y estereotipos de manera que se logren múltiples metas al menor costo posible... La vida es una ruleta en esto de la argumentación jurídica como en todas las demás cosas de la vida”⁴⁹. Ricardo Entelman en perspectiva crítica no duda en afirmar: “El discurso jurídico se hace cargo de ser el discurso del poder, pero no porque tiene que vérselas con las normas que atribuyen los Poderes o con las menciones normativas de los hombres transformados

⁴⁸ Luigi Ferrajoli “Derecho y razón”, ob. cit. p. 40.

⁴⁹ Duncan Kennedy “Libertad y restricción en la decisión judicial”, ob. cit. p. 177.

en sujeto de derecho, sino porque es el discurso cuyo propio proceso de producción consiste en la expresión de los lugares de la trama del poder constituido en las prácticas sociales... Hay una cuestión básica que caracteriza al discurso jurídico como discurso del poder y es el proceso de distribución de la palabra”⁵⁰. En la tarea política asumida por el jurista cabe destacar el valor de la retórica cuyo objeto no es la verdad sino lograr simplemente la persuasión del auditorio, y esta absorción de la argumentación por la retórica podemos advertirla en Boaventura Santos⁵¹. En esa sintonía Richard Rorty llega a identificar la lógica con la retórica⁵², pues lo que importa es persuadir y no la verdad, o ésta se constituye con la misma persuasión.

C.3.6. *¿Derechos humanos?*

Alexy ha defendido los derechos humanos exigiendo una “metafísica constructiva, racional y universal” que los justifique, y así ellos se definen por cinco notas: 1) universales, 2) fundamentales, 3) abstractos, 4) morales, y 5) prioritarios. Destaca el profesor alemán su relevancia jurídica: “Una Constitución solo puede justificarse cuando contiene los derechos humanos absolutos y relativos como derechos fundamentales o positivizados”, concluyendo que ellos “no podrían ser derogados por normas de derecho positivo, sino que además son la medida a la que debe ajustarse toda interpretación de lo positivizado”⁵³. Una Constitución incorpora –amplía el profesor de Kiel– el “derecho racional de la modernidad” o “los principios fundamentales del derecho natural y racional y de la moral moderna del derecho y del Estado” cuando consagra: la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la democracia, el Estado de Derecho y el Estado Social”. Recordemos que la fórmula radbruchiana de “la injusticia

⁵⁰ Ricardo Entelman “Discurso normativo y organización del poder”, p. 300.

⁵¹ Cfr. Boaventura de Sousa Santos “Sociología jurídica crítica”, Trotta/Ilsa, Madrid/Bogotá, 2009.

⁵² Richard Rorty “Filosofía y futuro”, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 162.

⁵³ Robert Alexy “¿Derechos humanos sin metafísica?” en Anuario de la Asociación Argentina de la Filosofía del Derecho, “Ideas y Derecho”, Buenos Aires, 2008, p. 20.

extrema no es derecho” remite a esa juridicidad indisponible de los derechos humanos para la autoridad que tiene competencia de definir el derecho que regirá en la sociedad. Confiar en el diálogo racional como matriz de la corrección del derecho, implica suscribir los derechos humanos como presupuestos éticos de ese mismo ámbito contra fáctico dialógico.

El iusnaturalismo asumiendo en coherencia su tesis de fundar al derecho en la naturaleza o estructuras básicas e intrínsecas de lo humano, no puede dejar de asimilar la indisponibilidad de los derechos humanos en tanto ellos protegen “bienes humanos básicos” (Finnis)⁵⁴. Por eso, algunos iusnaturalistas han concluido que el nuevo nombre del derecho natural son los derechos humanos, y Javier Hervada ha explicado que los Tratados de Derechos Humanos están redactados en un lenguaje típicamente iusnaturalista al calificarlos de reconocidos (no creados), universales e inalienables. De ese modo la negación de los derechos humanos por parte del derecho vigente compromete su validez y obligatoriedad, en tanto que su violación grave provocará la pérdida de justificación racional. Andrés Ollero, acudiendo a una metafísica no construida sino realista, escribe: “Los derechos humanos son tan ‘jurídicos’ como cualquier otro sector del ordenamiento, porque apuntan –como todo él– al logro de una convivencia humanamente ajustada, cuyos mínimos contribuyen a delimitar; si parecen más ‘morales’ que otros elementos jurídicos es por su más inmediata vinculación al modelo antropológico que permite considerar ‘humano’ a un determinado esquema práctico de convivencia”, y “Los derechos humanos reposan sobre un fundamento rotundamente objetivo. El derecho sólo puede legitimarse en la medida en que defienda el contenido esencial de lo ‘humano’, plasmado en el imperativo kantiano de que el hombre no debe ser nunca instrumentalizado como simple medio al servicio de otros objetivos. Esta sería la exigencia básica de una

⁵⁴ Cfr. Jesús García López “Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino”, EUNSA, Pamplona, 1979.

realidad objetiva: la dignidad del hombre, que lo diferencia y eleva sobre su entorno...”⁵⁵.

Es obvio que Ferrajoli no acepta esos planteos no positivistas sobre los derechos humanos y se limita a hablar de los derechos fundamentales o positivizados en la Constitución. Más precisamente, recordemos que el catedrático italiano nos propone una definición de los derechos fundamentales “puramente formal o estructural”, asimilándolos con “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”⁵⁶. Al margen de las resonancias universales de la definición, lo que resulta decisivo es el enclave iuspositivista final, pues en definitiva esa universalidad la establece la norma positiva que la voluntad de la autoridad define, e incluso el poder constituyente es formal en tanto carece de limitaciones sustanciales, por ende, vale como derecho cualquier contenido.

Por supuesto que a los fines de contar con un derecho indeterminado que facilite el uso político del mismo, para el neoconstitucionalismo crítico los derechos humanos son una pieza clave⁵⁷, porque ellos ofrecen –declara Kennedy– un vehículo flexible para formular intereses y demandas. Más allá de la conocida crítica del propio Marx en “La cuestión judía” a los derechos humanos en clave burguesa, hoy hay conciencia de autores críticos que ese discurso puede aportar a la lucha política que también enfrentan los juristas. Boaventura de Sousa Santos ha diferenciado en el ámbito de los de-

⁵⁵ Andrés Ollero “Derechos humanos y metodología jurídica”, Centro de Estudios. Constitucionales, Madrid, 1989, p. 124 y 150. Para un panorama amplio sobre los derechos humanos en clave realista clásica cfr. Carlos I. Massini Correas “Filosofía del Derecho (El Derecho y los Derechos Humanos)”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.

⁵⁶ Luigi Ferrajoli “Derechos y garantías”, Trotta, Madrid, 2002, p. 37.

⁵⁷ Cfr. Patricia J. Williams “The Alchemy of Race and Rights”, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991.

rechos humanos la alternativa de una “globalización desde arriba” o “desde abajo”, y ésta última puede aportar a los procesos emancipadores⁵⁸. Los derechos humanos desprovistos de resabios metafísicos, universales o formales son herramientas políticas y retóricas que en las sociedades actuales se rebelan como eficaces, siempre y cuando exista la posibilidad que los juristas estén en condiciones de definirlos según la conveniencia del momento y sus circunstancias. Fácil es comprobar el entusiasmo instrumental de los críticos por la bandera de los derechos humanos, aunque se deje de lado discusiones orientadas a precisar el objeto y la titularidad de estos. Si vamos a Kennedy, no solo es oportuno reiterar su rechazo a conceptualizaciones fosilizantes, sino también su irónica confesión que prefiere “correrse a un costado y recurrir al humor cuando se trata de formular una teoría de la naturaleza humana que se suponga que pueda orientar la conducta de los hombres”⁵⁹.

C.3.7. ¿Los saberes jurídicos?

Alexy se ha atrevido a defender “la naturaleza de la filosofía del derecho”⁶⁰ en tanto su especificidad reside en su objeto: el derecho, y en su propósito de responder sobre el concepto o la naturaleza de este. Esta última cuestión se desglosa en dos problemas centrales: a) la pregunta por la entidad que tiene el derecho, y aquí aparecen la norma y el sistema normativo; y b) el problema de la validez del derecho que incluye sus dos dimensiones: por un lado, la real o fáctica –reivindicada por el positivismo jurídico– en tanto expedición autoritativa del derecho y su eficacia social; y por el otro, la dimensión crítica o ideal que indaga sobre la corrección, moralidad o legitimidad del derecho. Por detrás de esa especificidad de la filosofía

⁵⁸ Cfr. Boaventura de Sousa Santos “De la mano de Alicia: lo social y lo político en la posmodernidad”, Uniandes, Bogotá, 1999.

⁵⁹ Duncan Kennedy - Peter Gabel, “Roll Over Beethoven”, Stanford Law Review, Vol. 36:1, año 1984, p. 3.

⁶⁰ Robert Alexy “La naturaleza de la filosofía del derecho”, Doxa, Alicante, n 26 (2003).

jurídica, Alexy admite a la filosofía como una reflexión general y sistemática sobre lo que existe (metafísica, o mejor: ontología), sobre lo que debe hacerse o es bueno (ética) y sobre cómo es posible el conocimiento de ambas cosas (epistemología). Más allá de la filosofía jurídica, Alexy es profesor de derecho público y de ahí todo el esfuerzo académico dedicado a la ciencia del derecho constitucional trabajada en íntima conexión a la jurisprudencia respectiva. También el saber jurídico alexyano se ocupa del momento aplicativo del derecho, donde se destaca la ponderación de principios en aras de la mejor respuesta –a tenor de posibilidades fácticas y jurídicas– para el caso que se trate.

La gnoseología jurídica del iusnaturalismo incluye –por ejemplo, en Martínez Doral⁶¹– a los tres típicos saberes jurídicos: filosofía jurídica, ciencia jurídica y prudencia jurídica, aunque ellos constituyen una unidad propia de lo que llama “cultura jurídica”. De ese modo, el jurista interesado por el conocimiento jurídico integral no puede circunscribirse a cualquiera de esos saberes, o sea, ni filosofismo, ni cientificismo, ni casuismo. Es que para poder reconocer qué es el derecho, sus fundamentos, finalidades, valor y características raíz-gales, requerirá de la iusfilosofía; pero también se interesará por la ciencia abocada al derecho vigente en su sociedad, al que pretenderá ordenarlo, comprender su significado y valorarlo; y seguramente, su interés cognoscitivo incluirá el saber aplicarlo a los casos que requieren su atención como jurista. Esa riqueza gnoseológica remite a la riqueza constitutiva del derecho, así Graneris metafóricamente habla de la “esfera jurídica” en tanto habría “un núcleo central de juridicidad sólida y firme, recubierto de zonas de menor solidez y de juridicidad decreciente, hasta que en la superficie no tenemos más que formas vacías”⁶².

⁶¹ Cfr. José M. Martínez Doral “La estructura del conocimiento jurídico”, Universidad de Navarra, Pamplona, 1993.

⁶² Giuseppe Graneris “Contribución tomista a la Filosofía del Derecho”, Buenos Aires, EUDEBA, 1973, p. 73.

Ferrajoli a la hora del conocimiento jurídico explícitamente habla de “modelo integrado de ciencia jurídica: teoría del derecho, dogmática jurídica, filosofía de la justicia y sociología del derecho”⁶³. Pero corresponde destacar el papel central que tiene la teoría del derecho en “tanto punto de encuentro entre las diferentes aproximaciones al estudio del derecho, a las que brinda un aparato conceptual en buena medida común”⁶⁴. Así, por ejemplo, es tarea de la teoría jurídica elaborar el concepto de derechos fundamentales, luego la dogmática corroborará cuáles son los derechos fundamentales incorporados al derecho vigente y válido, la sociología estudiará cómo fueron dándose en esa sociedad los derechos fundamentales, y la filosofía de la justicia o filosofía política o filosofía del derecho tiene por objeto identificar los valores que fundan aquel concepto de derechos fundamentales. Es decir, en Ferrajoli lo medular gnoseológicamente hablando, es la ciencia jurídica, o mejor la teoría del derecho en tanto encomendada de construir convencionalmente el aparato conceptual o formal con el que operarán los otros saberes jurídicos, incluida la filosofía de la justicia o política que se ubica afuera del derecho.

Foucault en “La verdad y las formas jurídicas” alude a un texto de Nietzsche que dice: “En algún punto perdido del universo...hubo una vez un astro en el que unos animales inteligentes inventaron el conocimiento. Fue aquél el instante más mentiroso y arrogante de la historia universal”⁶⁵, concluyendo: “El conocimiento es simplemente el resultado del juego, el enfrentamiento, la confluencia, la lucha y el compromiso entre los instintos...El conocimiento no es instintivo, es contra-instintivo; e igualmente, no es natural, es contranatural”⁶⁶. Sin embargo, los críticos norteamericanos más que “embarcarse en discusiones de un elevado nivel de sofisticación teórica con los filósofos del derecho”, intentan “influir sobre todo en quienes de for-

⁶³ Luigi Ferrajoli “Principia Iuris”, Trotta, Madrid, 2011, t. I, p. 36.

⁶⁴ Ibidem p. 39.

⁶⁵ Michel Foucault “La verdad y las formas jurídicas”, Gedisa, Barcelona, 1991, traducción Enrique Lynch, p. 19.

⁶⁶ Ibidem p. 23.

ma directa contribuyen a configurar la cultura jurídica dominante y las mentes de cada nueva promoción de licenciados que pasarán a protagonizar el funcionamiento del Derecho en el mundo real”⁶⁷. La función paradójica del derecho justifica que a pesar de reconocer que “el discurso jurídico es una unidad compleja que remite, para su comprensión, al poder y, en última instancia, a la violencia”⁶⁸, los críticos alientan que los profesores en general y los jueces aporten al cambio del derecho y de la conciencia jurídica. Al margen de la pluralidad de saberes jurídicos, lo decisivo es que ellos no pueden perder de vista que deben ponerse al servicio de la lucha política en la que ineludiblemente están implicados. Kennedy largamente ha defendido la enseñanza del derecho como “acción política”⁶⁹ y la politización del aula.

C.3.8. ¿La función judicial?

Por supuesto que Alexy haciéndose cargo del EDC, adjudica un papel imprescindible a los jueces en el esfuerzo por institucionalizar la razón práctica dialógica con su pretensión de corrección, que está implícita en el derecho. Ellos están encomendados no sólo por encontrar la mejor solución para los casos por medio de la ponderación racional de los principios y derechos humanos, sino que deben invalidar aquel proyecto de derecho que no se ha concretado como tal, en virtud de superar el umbral de la injusticia extrema. Y esta competencia judicial también incluye al derecho constitucional y no solo al derecho infraconstitucional. Conviene insistir que la invalidez procede no frente a cualquier injusticia, sino cuando ella es “extrema” en tanto viola de manera grave y evidente derechos humanos. La

⁶⁷ Juan A. Pérez Lledó “El movimiento...” ob. cit. p. 385.

⁶⁸ Alicia E. C. Ruiz “Aspectos ideológicos del discurso jurídico”, en “Materiales para una teoría crítica del derecho”, p. 180.

⁶⁹ Duncan Kennedy “First Year Law Teaching as Political Action” en *Law & Social Problems*, vol. 1, 1980, p. 47-58 y “Politicizing the Classroom” en *Review of Land and Women’s Studies*, vol. 4, 1994, p. 81-88.

filosofía jurídica alexyana recurre a la jurisprudencia constitucional alemana como un verdadero banco de pruebas de las formulaciones teóricas, posibilitando su elaboración y su validación. Apelemos a la tesis del discurso jurídico como caso especial del discurso moral, lo cual implica que el diálogo racional con sus veintiocho exigencias es el ámbito de la corrección también jurisprudencial, pero ya en el proceso judicial aparece el límite que le pone la ley, la ciencia jurídica y la jurisprudencia.

En la teoría iusnaturalista está claro que todo el derecho tiene por finalidad dirigir conductas humanas ajustadas a los casos, de ahí que pudo decir Aristóteles que, de los distintos tipos de justicia, la equidad, o sea la justicia para el caso, era la mejor justicia. En ese marco teórico, el juez tiene la competencia y la responsabilidad de apartarse prudencialmente de lo justo legal cuando el caso así lo exigía, dado que el legislador seguramente lo hubiese establecido de haberlo tenido en cuenta oportunamente. La equidad era esa rectificación para el caso de lo justo general previsto en la ley, y ella se definía por la razón práctica en el plano concreto o circunstanciado propio de la prudencia. Recordemos aquella imagen metafórica de Aristóteles de ver en el juez a la “justicia viviente”, y siendo el derecho para Aquino “ordinatio rationis”, está claro que queda en manos del juez la última posibilidad de reconciliar el derecho con la razón y la justicia. En ese marco de la verdad práctica prudencial, es oportuno destacar la importancia no sólo de la razón prudencial sino de la voluntad recta⁷⁰ e incluso de la cogitativa⁷¹. En aras del triunfo de la justicia, es decisiva la relevancia que tiene el juez completando el esfuerzo institucional del derecho por definir lo que le corresponde a cada uno.

⁷⁰ Cfr. Domingo P. Basso “Las normas de la moralidad. Génesis y desarrollo del orden moral”, ed. Claretiana, Buenos Aires, 1993.

⁷¹ Cfr. Lilia B. Archideo “Las funciones gnoseológico-metafísicas de la cogitativa” en “Los fundamentos metafísicos del orden moral”, Homenaje a Monseñor Octavio Nicolás Derisi, EDUCA, Buenos Aires, 2004.

En cuanto a la caracterización ferrajoliana del juez, podemos acudir a la opinión terminante de Guastini cuando advierte que Ferrajoli “tácitamente, hace suya la tesis ilustrada (de Montesquieu y Beccaria) según la cual el poder jurisdiccional sólo puede funcionar como garantía o barrera frente al poder ejecutivo a condición de ser un poder en cierto modo nulo... (el juez) no debe tener espacios de valoración u opción...debe ser sólo un poder cognitivo (cognitivismo)”⁷². Más allá de esa simplificación, lo cierto es que Ferrajoli no pretende poder para los jueces, en tanto la actividad judicial es un “saber-poder”, pero mientras que lo fisiológico es el “saber”, el “poder” es lo patológico, por eso describe lógicamente a la sentencia compuesta de tres inferencias: a) una inductiva, cuyas premisas son las pruebas recogidas; b) una deductiva, cuyas premisas son la conclusión de hecho y la definición jurídica obtenida de la norma en cuestión; y c) la norma individual que se concluye para el caso. Los jueces no están para suplir las lagunas (la ausencia de garantías o eficacia de los derechos), porque ello les corresponde a los legisladores; y a los jueces constitucionales les queda resolver las antinomias, por eso Ferrajoli concluye: “Lo que constituye la ley no es esa juris prudentia o sabiduría de jueces subordinados, sino la razón de este hombre artificial nuestro al que llamamos Estado y lo que él manda”⁷³.

Por supuesto que el neoconstitucionalismo crítico se aparta de la visión decimonónica del juez como alguien que dice el derecho de manera neutral y silogística. Expresamente Kennedy reconoce que “el derecho en general y las decisiones judiciales en particular, son una extensión de la política”⁷⁴, a lo que agrega: “La tarea del juez es un trabajo que siempre tiene un propósito y que se hace dentro de un

⁷² Ricardo Guastini “I fondamenti teorici e filosofici del garantismo” en L. Gianformaggio ed. “Le ragioni del garantismo”, Turín, Giappichelli, 1993, p. 53.

⁷³ Luigi Ferrajoli “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-positivismo y neo-iusnaturalismo”, en Doxa 34 (2011), Alicante, p. 356.

⁷⁴ César Rodríguez, “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces, Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial”, Editores Siglo del Hombre, Bogotá, año 1999, p. 64 y 65.

‘medio físico’, dentro de un ‘campo’ constituido por el derecho existente. El propósito de dicho trabajo es dictar la sentencia que el juez considera más justa en el caso concreto...la visión de la sentencia a la que el juez quiere llegar es incluso previa a la búsqueda de los materiales jurídicos que servirán para sustentarla. Dado que en la visión crítica de la práctica judicial se invierte el silogismo, la conclusión (la sentencia) determina la selección e interpretación de las reglas jurídicas y los precedentes relevantes, no al contrario”⁷⁵. Así queda claro que la razón del juez es “estratégica”⁷⁶ e incluso le agrega Kennedy la importancia del “carisma” del juez como un factor que incrementará “la fuerza del juez en la manipulación de recursos retóricos utilizados para crear cierto efecto necesidad”⁷⁷, advirtiendo que “la mejor manera de entender las preferencias ideológicas en la conducta judicial es concebirlas como semiconscientes, o en términos sartreanos como de mala fe”⁷⁸. “El derecho –insiste Alicia Ruiz– legitima el poder en el Estado y en todos los intersticios de la vida social...en el ámbito de la magistratura. Allí, los mecanismos de censura propios del discurso jurídico, tanto internos como externos hacen de los jueces las voces privilegiadas para resolver casos particulares, dentro de los límites que la organización del poder social fija”⁷⁹.

C.3.9. *¿Sistema jurídico?*

La propuesta alexyana al respecto luce marcadamente peculiar, pues luego de rechazar tres alternativas posibles de componer un sistema jurídico: solo con reglas, solo con principios o mezcla de reglas y principios, opta por un sistema jurídico con tres elementos:

⁷⁵ César Rodríguez, “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces, Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial”, Editores Siglo del Hombre, Bogotá, año 1999, p. 81.

⁷⁶ Duncan Kennedy, “A Critique...”, ob. cit. p. 182.

⁷⁷ Duncan Kennedy, “A Critique...”, ob. cit. p. 167.

⁷⁸ Duncan Kennedy “Izquierda y derecho”, Siglo Veintiuno Editores, Argentina, 2010, p. 37.

⁷⁹ Alicia E. C. Ruiz “Aspectos ideológicos del discurso jurídico” en “Materiales para una teoría crítica del derecho”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 174.

principios, reglas y procedimientos⁸⁰. Mientras que los dos primeros elementos apuntan a la dimensión pasiva o estática del sistema en tanto me dicen o muestran el derecho disponible; el procedimiento marca el elemento dinámico u operativo del mismo. En efecto, ese tercer elemento asegura la racionalidad del derecho tanto en su creación como en su aplicación, dado la pretensión de corrección y que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico o moral. En algún otro trabajo el iusfilósofo alemán al referirse a su visión del sistema jurídico la llama “modelo procedimental de cuatro niveles”⁸¹, a los que individualiza: 1) el procedimiento del discurso práctico general; 2) el procedimiento de creación estatal del derecho; 3) el procedimiento del discurso jurídico; y 4) el procedimiento del discurso judicial. El origen del derecho para Alexy se remonta a los actos de habla con pretensión de corrección o de verdad, ellos nos instalan en el diálogo y la argumentación, y la razón prescribe reglas a esa racionalidad discursiva, pero el derecho viene a suplir ciertas debilidades que conlleva el diálogo racional: conocer la respuesta, que ella se respete y asumir organizaciones que posibiliten la obtención de respuesta⁸². Creado el derecho, asume Alexy la necesidad de una “norma fundamental” que resuelva en el terreno jurídico el paso del ser al deber ser, pero en lugar de Kelsen escoge el profesor alemán a Kant cuando en el marco de su contractualismo social, apela a una ley “cuya obligatoriedad puede ser conocida a priori por la razón, sin una legislación externa”, aunque introduce Alexy la corrección de la fórmula radbruchiana⁸³. Concluye el profesor de Kiel: “El carácter ideal de la teoría del discurso conduce a la necesidad de su inclusión en una teoría del Estado y del Derecho. Este vínculo es mucho más que una simple compensación a sus

⁸⁰ Cfr. Robert Alexy “El concepto y la validez del derecho”, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 159 y ss.

⁸¹ Robert Alexy “Idée et structure d’un système du droit rationnel” en Archives du Philosophie du Droit, t. 33, Syrey, 1988.

⁸² Cfr. mi libro “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 296 a 306.

⁸³ Robert Alexy “El concepto y la validez del derecho”, ob. cit. p. 96 a 120.

mencionadas debilidades. Un sistema jurídico que desee responder a las exigencias de la razón práctica, solo puede crecer a través de nexos de elementos institucionales o reales como ideales y no solo de modo institucional”⁸⁴.

Pensamos que en general en las filas del iusnaturalismo no ha abundado la atención acerca del sistema jurídico, e incluso, algunos de sus integrantes –como Villey– lo han descalificado sin miramientos. Sin embargo, no podemos silenciar autores iusnaturalistas como Kalinowski⁸⁵ que han realizado un esfuerzo desde la lógica para describir la estructura del derecho, sin renunciar a un fundamento metafísico. De todas maneras, nos parece que la propuesta de un sistema dinámico, abierto, axiologizado, poroso o casuístico en la línea de Canaris⁸⁶ o el mismo Alexy, resultan plenamente compatible con el iusnaturalismo. Incluso en la perspectiva de Dworkin, el caso y su respuesta jurídica correcta, supone que obtenida la misma queda configurado un cierto ordenamiento del material jurídico, que se someterá a revisión en el nuevo caso. Ese dinamismo y casuismo es funcional al papel de la prudencia que conecta normas generales con casos contingentes e irrepetibles. En este neoconstitucionalismo realista si bien la Constitución tiene un cierto valor indiscutido como fuente del derecho positivo, hay un condicionamiento del poder constituyente puesto por aquella juridicidad indisponible a los fines de no abortar el propósito constitutivo de derecho. Aquí apelaciones jurisprudenciales al *ius cogens* o *ius gentium*, o también a los derechos humanos reconocidos y no creados, pueden confirmar aquella tesis. De todas maneras, en términos racionales, no pueden ocultarse los beneficios que puede generar el esfuerzo ordenador o sistematizador del derecho vigente y válido, con la condición de no desechar ningún material jurídico bajo el pretexto de ser perturbador de ese trabajo. Una explicación realista del

⁸⁴ Robert Alexy “Teoría del discurso y Derechos Humanos”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 53.

⁸⁵ Cfr. Georges Kalinowski “Metateoría del sistema normativo”, Edearium, Mendoza.

⁸⁶ Cfr. Claus-Wilhelm Canaris “El sistema en la jurisprudencia”, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

origen del derecho nos instala en la naturaleza humana y su inclinación a la vida social, en ésta se requiere un orden para la mejor convivencia, y es éste el trabajo que afronta la razón práctica para ir concluyendo o determinando –en general y también para el caso concreto– ese derecho que se pone autoritativamente y que busca proteger o facilitar a todo ser humano los “bienes humanos básicos” (Finnis).

Yendo a la perspectiva ferrajoliana en torno al sistema jurídico, nos parece que ella se parece bastante a la propuesta por Kelsen, más allá de su distanciamiento con la teoría pura acusándola de ser “paleopositivista”. Es que el constitucionalismo ferrajoliano pretende completar o reforzar al positivismo jurídico en tanto positiviza no solo el “ser” sino también al “deber ser” jurídico, completando el Estado de Derecho al sujetar también a la actividad legislativa, al Derecho y al control de constitucionalidad. El derecho pasa a estar regulado no sólo por las formas de la producción normativa, como el viejo iuspositivismo legalista, sino también en los contenidos. El Estado de Derecho constitucional exige la “coherencia” como la “plenitud” de la legislación ordinaria respecto de la rígida Constitución, eliminando al “derecho ilegítimo” compuesto por antinomias o lagunas, que son vicios –por acción u omisión– de las normas de grado supraordenado. Previene al respecto Ferrajoli que en el “Estado Constitucional de Derecho la solución del conflicto entre normas de distinto nivel no puede ser alcanzada directamente por el intérprete, sino que requiere la intervención de autoridades competentes para anular en el caso la antinomia, y para introducir en el caso de laguna, la norma de nivel inferior”⁸⁷. En Ferrajoli el principio de legalidad se constituye en la fuente de legitimación de las normas vigentes y de las válidas, y así permite el reconocimiento de las normas jurídicas “como empíricamente dadas o positivas, es constitutivo de la ‘moderna ciencia del derecho’ como disciplina empírica o positiva, a la que sirve para determinar y al mismo tiempo circunscribir su objeto...A diferencia de la experiencia jurídica premoderna, en la que

⁸⁷ Luigi Ferrajoli “Principia Iuris”, ob. cit. t. I, p. 13.

al faltar un sistema de fuentes exclusivas y exhaustivas el derecho se identificaba en gran parte con las opiniones de los juristas, que por ello tenían un carácter inmediatamente normativo, en la experiencia jurídica moderna el principio de legalidad, al permitir reconocer todas y sólo las normas jurídicas positivas, hace posible una ciencia jurídica, al menos en principio, descriptiva de un mundo positivo de normas separado de ella misma”⁸⁸. Respecto de la equidad, Ferrajoli haciendo gala de su potente capacidad retórica, usa ese tradicional concepto pero altera totalmente su significado, asimilándola a la “legalidad” como dos aspectos del conocimiento judicial: “El juicio de legalidad corresponde a la verificación...de las características esenciales y comunes que permiten afirmar que un determinado caso individual entra en una determinada clase de delito connotada por la ley; el juicio de equidad consiste en cambio en la comprensión de las características accidentales y particulares del caso individual y no connotadas por la ley”⁸⁹.

A tenor del neoconstitucionalismo crítico y en sintonía de la funcionalidad política que presta el derecho, es previsible que se vean las pretensiones sistémicas bajo sospecha de promover visiones que oculten la conflictividad y disciplinen a los actores, y al respecto, Francois Ost apela al derecho como una red y no una pirámide⁹⁰. Kennedy califica explícitamente de incorrecta “la lógica del sistema”⁹¹, y apoyándose en Benjamín Cardozo concluye que “el jurista a veces actúa bien moral y profesionalmente cuando interpreta la ley de acuerdo con la moralidad o la justicia o directrices políticas y en contradicción con la solución que él entiende requerida por la

⁸⁸ Luigi Ferrajoli “Derecho y razón”, ob. cit., p. 870.

⁸⁹ Ibidem p. 158.

⁹⁰ Cfr. Francois Ost y Michel Van de Kerchove “Piramide ou réseau? Pour une théorie dialectique du droit”, Presses de l’Université Saint-Louis, Bruselas, 2001.

⁹¹ Duncan Kennedy, “Legal Reasoning: Collected Essays”, “A volume in the series Contemporary European Cultural Studies” - Gianni Vattimo and Santiago Zabala, Editors - The Davies Group Publishers, Aurora, Colorado, año 2008, p. 179.

coherencia”⁹². Agrega el profesor norteamericano con contundencia y convicción posmoderna: “La debilidad de la coherencia en el sentido de proporcionalidad o balance de principios conflictivos, es que lejos de carecer de principios, está saturada de ellos. A su vez, la exigencia de la universalización de principios y el exótico imaginario neokantiano según el cual los principios son considerados como vectores análogos a fuerzas físicas, imponen restricciones sobre el juez que estimo éste debería estar listo para descartar en tanto resulten conflictivas con su intuición de la justicia en un caso determinado. Las ambiciones habermasianas de proporcionalidad son para mí contradictorias con la experiencia ética de la ‘indecidibilidad’. No son –acaso– pre-modernas, pre-Kierkegaard, pre-Nietzsche, pre-Weber, pre-Schmitt”⁹³, y también: “Debido a que las normas, son compromisos, más que la realización coherente de uno u otro principio general, están mucho más abiertas a desestabilizaciones de varios tipos...”⁹⁴. Más allá de los cuestionamientos en torno específicamente a la coherencia, las otras exigencias requeridas para un sistema jurídico “fuerte”, como por ejemplo completitud, jerarquía y unidad, son remitidas a la razón estratégica y política que auspician los críticos. Desde esa perspectiva, se encargan también los críticos de poner de relieve la existencia de pluralidad de sistemas jurídicos en conflictos que disputan los mismos ámbitos de validez personal, espacial o temporal, como, por ejemplo, los derechos vigentes en pueblos indígenas, favelas o barrios marginados que ignoran y contradicen a los derechos oficiales de sus respectivos países⁹⁵.

⁹² Duncan Kennedy, “Legal Reasoning: Collected Essays”, “A volume in the series Contemporary European Cultural Studies” - Gianni Vattimo and Santiago Zabala, Editors – The Davies Group Publishers, Aurora, Colorado, año 2008, p. 180.

⁹³ Duncan Kennedy, “Legal Reasoning...”, p. 189.

⁹⁴ Duncan Kennedy “Izquierda y derecho”, ob. cit. p. 102.

⁹⁵ Cfr. sobre pluralismo jurídico “Sociología jurídica crítica” de Boaventura de Sousa Santos, Trotta, Madrid, 2009 y “La opacidad del derecho” de Carlos Cárcova, ob. cit.

C.3.10. *¿Juridicismo?*

Resulta inviable acusar a Alexy de “insularismo jurídico” (Nino), o sea de la tesis que el derecho se puede conocer u operar solo con derecho, sin necesidad de recurrir a la moral, la política, la economía, etc. Por el contrario, su razón práctica dialógica es moral y se institucionaliza en el derecho, sin abandonar las exigencias propias del diálogo racional en tanto matriz del derecho correcto. El trabajo ponderativo del jurista atiende a las posibilidades fácticas, y el discurso práctico incluye las consideraciones teleológicas y consecuencialistas de la respuesta jurídica a brindar. Recordemos que el concepto del derecho no se limita a las normas y a su dimensión sistémica o autoritativa, sino que incorpora la dimensión de eficacia social y también la dimensión ética. La legitimidad argumentativa de los jueces aducida por Alexy, remite al uso por parte de estos, de razones que compartiría la sociedad constituida en comunidad ideal de diálogo con conciencia constitucional. Insistamos con el profesor de Kiel: “El carácter ideal de la teoría del discurso conduce a la necesidad de su inclusión en una teoría del Estado y del Derecho”⁹⁶ y que el discurso jurídico es un “caso especial” del discurso práctico general (Sonderfallthese) en tanto se propone la unión en todos los niveles de los argumentos específicamente jurídicos con los argumentos prácticos generales. Habermas ha procurado proyectar diferenciadamente la razón práctica en campos diversificados como los de las cuestiones pragmáticas (adecuación de los medios al fin), éticas (problemas del bien) y morales (de la justicia), postulando que en los discursos pragmáticos hay una fuerte vinculación al saber empírico y distancia respecto a los fines y decisiones volitivas del sujeto; en los discursos éticos las pretensiones de validez universal se debilitan por el contexto histórico; y los discursos prácticos-morales están orientados a la universalidad y a priorizar la justicia sobre el bien⁹⁷.

⁹⁶ Roberto Alexy “Teoría del Discurso y Derechos Humanos”, ob. cit. p. 53.

⁹⁷ Respecto de esos tres puntos de vista puede consultarse Habermas J. “Vom pragmatischen, ethi-

El iusnaturalismo tampoco nunca incurrió en juridicismo. Recordemos que en Aristóteles lo justo natural y lo justo legal eran parte de lo justo político, y también que la definición de ley humana o derecho positivo en Aquino remite al bien común político. Olgiati⁹⁸ reivindicando la politicidad del derecho en el pensamiento clásico, precisa que el derecho en sentido pleno se desarrolla y sirve a la sociedad política, aclarando que ahí está incluido la dimensión de lo útil o lo económico. Pues ese bien común no es un bien de alguna sustancia diferente a la persona humana, sino que remite a ésta, pero no en individual sino como parte de una sociedad. A eso se agrega que en la definición de ley de Aquino aparece la necesidad de adaptarse a las costumbres de la sociedad, pues ella tiene por finalidad prioritaria no tanto hacer buenos hombres, como procurar buenos ciudadanos que aporten al buen vivir social. Traigamos a colación en este punto la vieja enseñanza de la ética clásica, que lo mejor puede ser enemigo de lo bueno, en tanto éste no prescinde de las circunstancias concretas, señalando más que el “deber” a lo “debido” (Millán Puelles). Contemporáneamente Finnis desarrolla una noción amplia de razón práctica, incluyendo explícitamente a la moral, la política y el derecho. La prudencia, que es la matriz del derecho, tiene por objeto conducir toda la vida, y su finalidad es acertar en que lo mandado aporte al “florecimiento” humano, tanto en su dimensión individual como social. El bien en la filosofía clásica no tiene solo la capacidad de atraer, sino se conecta con la felicidad en tanto cuenta con capacidad perfectiva de la persona humana. Pero el concepto de bien es analógico, por lo que encontramos una amplia variedad de bienes, aunque todos ellos coinciden en esa capacidad de atraer y perfeccionar, así podemos reconocer: a) lo que es bueno simplemente de lo que es bueno desde algún punto de vista; b) el bien puede ser apetecible por sí mismo (bien honesto), por razón del

schen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft” en Erläuterungen zur Diskursethik, Frankfurt, 1991.

⁹⁸ Cfr. Francesco Olgiati “El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino”, EUNSA, Pamplona, 1977.

deleite que podemos encontrar en él (bien deleitable) o por razón de la utilidad (bien útil); c) bienes externos, bienes corporales y bienes espirituales; d) bienes individuales y bienes comunes; etc.

No resulta fácil imputarle juridicismo a la teoría ferrajoliana, porque en la misma abundan apelaciones a la historia, a denunciar los “poderes salvajes” y al triunfo progresivo de la “ley del más débil”. Sin embargo, en el profesor italiano leemos: “...la positivización o estatalización del derecho representó un enorme progreso tanto en el plano jurídico y político como en el epistemológico...La novedad del derecho moderno no radica tanto en los contenidos...como sobre todo en la forma ‘legal’, ‘convencional’ o ‘artificial’, es decir, ‘positiva’ del derecho vigente consiguiente a la nueva fuente de legitimación: ya no la veritas sino precisamente la auctoritas. Y esto, si de un lado lleva consigo la separación del derecho positivo de la moral y de la política, del otro comporta la separación de la ciencia del derecho del derecho mismo, que por primera vez se automatiza como ‘objeto’ o ‘universo’ empírico relativamente independiente de la actividad de los juristas”⁹⁹. El iuspositivismo constitucional en relación a la conocida clasificación tripartita de Bobbio: a) se conecta al positivismo metodológico o como modo de “aproximación al estudio del Derecho”, en tanto el jurista debe ocuparse sólo del “Derecho tal cual es” y no del “Derecho tal como debe ser” moral o políticamente, pero se aleja porque hay que estudiar también el “Derecho tal como debe ser jurídicamente”, que en los actuales ordenamientos con constituciones rígidas forma parte del Derecho tal cual es; y b) se aleja totalmente del iuspositivismo ideológico que considera que el derecho existente sólo por ello es también justo. Compartimos la opinión que la teoría jurídica ferrajoliana es paradójal (Moreso¹⁰⁰, Portinaro¹⁰¹, entre otros) en tanto descansa en una

⁹⁹ Luigi Ferrajoli “Derecho y razón”, ob. cit., p. 869.

¹⁰⁰ Cfr. José Juan Moreso “Ferrajoli o el constitucionalismo optimista”, en Doxa, n. 31.

¹⁰¹ Cfr. Pier Paolo Portinaro “Autocracia de la razón, liberalismo de los derechos, democracia de los garantes. El programa normativo de Luigi Ferrajoli”, Doxa 31.

antropología pesimista y, al mismo tiempo, en un optimismo jurídico. Pues, en definitiva, no hay más “deber ser” para el derecho que el puesto por el constituyente y “el poder constituyente se agota, como poder informal e ilimitado, en su ejercicio...el poder constituyente es tal en cuanto es efectivo”¹⁰², por eso, la conclusión sería que en el origen del derecho está el poder y la política, pero luego para el jurista solo hay derecho y juridicismo.

En el neoconstitucionalismo crítico no hay el más mínimo riesgo de insularismo jurídico, más bien, el riesgo es justamente el contrario, o sea, que el derecho termine absorbido por otras disciplinas, tales como: la economía, la política, la psicología, etc. El derecho se visualiza centralmente como un medio o un instrumento que se pone al servicio del poder y de la ideología funcional al mismo, pero ese carácter instrumental es revisado en distinta medida dentro de los autores críticos. Así por ejemplo Boaventura Santos llega a criticar a la tesis de Marx sobre la determinación de la superestructura del derecho desde la infraestructura del régimen de propiedad de los medios de producción, y termina apelando contra una “razón indolente”¹⁰³ y reconociéndole al derecho posibilidades emancipatorias. También en Ost podemos encontrar ciertos fines –intrínsecos y extrínsecos– asumibles por el derecho, destacándose la finalidad “de asegurar la mediación entre la fuerza y el bien. Dicho de otra manera, el lazo entre la aspiración ética, de una parte (los valores, las diversas concepciones de la vida buena) y, de otra parte, las relaciones de fuerza y las lógicas del interés que constituyen lo real concreto que se trata de instituir y de significar. Menos sublime que la ética, menos cínico que la política, el Derecho opera en esa encrucijada, esforzándose, con un mismo gesto, por “civilizar” la fuerza y “realizar” (volver reales) los ideales normativos que persigue una sociedad”¹⁰⁴. Más allá de esas

¹⁰²Luigi Ferrajoli “El constitucionalismo garantismo. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo”, *Doxa* 34, p. 325.

¹⁰³Boaventura de Sousa Santos “Sociología jurídica crítica”, ob. cit. p. 610.

¹⁰⁴Francois Ost “A quoi sert le droit? Usages, fonctions, finalités”, Bruylant, Bruselas, 2016, p. 339.

concesiones críticas, lo cierto es que en última instancia predomina una mirada escéptica en tanto el Estado moderno monopoliza el “legítimo ejercicio” de la violencia a la que el derecho alude como “actos de fuerza”¹⁰⁵, y así precisa Alicia Ruiz con el apoyo de Enrique Marí, que “La violencia es el elemento determinante del poder” y se frustraría “de no articularse en dispositivo con el discurso del orden y el imaginario social, que constituyen las condiciones de reproducción del poder producido, los garantes de la continuidad del poder conquistado o instituido...En el interior del dispositivo de poder, el discurso del orden y el imaginario social reactualizan la violencia y la transforman verdaderamente en poder, haciéndolo constante y socialmente transmisible”. Transformada la violencia en poder, el discurso del orden y el imaginario social aseguran la presencia del poder y los efectos de la fuerza, aun estando ella ausente”¹⁰⁶.

C.3.11. ¿Validez jurídica?

La teoría no-positivista alexyana asume expresamente que la validez jurídica apela a tres exigencias: a) la propia derivada e impuesta por el sistema que fija competencia, órganos y procedimientos, lo que remite por ejemplo a Hart o a Kelsen; b) la necesidad que el derecho tenga cierto nivel de vigencia o efectividad, voluntaria o coercitiva, que se hizo presente en la teoría de Ross; y c) la validez incluye un cierto contenido ético de manera que frente a lo grave y manifiestamente irracional o injusto, se aborta el propósito de crear derecho. Repitamos una de las tesis centrales de Alexy: “El diálogo racional necesita del derecho para alcanzar realidad, y el derecho necesita del diálogo racional para alcanzar legitimidad”; es que el derecho importa la institucionalización de la razón, supliendo las debilidades que acompañan al dialogo racional, pero el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Consecuentemente, para

¹⁰⁵ Alicia Ruiz “Aspectos ideológicos del discurso jurídico (desde una teoría crítica del derecho)” en Materiales para una teoría crítica del derecho, ob. cit. p. 172.

¹⁰⁶ Ibidem p. 173.

concluir la validez o existencia de una norma jurídica, cualquiera sea su jerarquía (se incluyen las constitucionales), el jurista en todos los casos debe controlar su contenido ético, tanto en sus exigencias sustanciales como en las procedimentales. Recordemos que asume Alexy la necesidad de una “norma fundamental” que resuelva en el terreno jurídico el paso del ser al deber ser, pero en lugar de Kelsen, escoge el profesor alemán a Kant cuando en el marco de su contractualismo social, apela a una ley “cuya obligatoriedad puede ser conocida a priori por la razón, sin una legislación externa”, aunque introduce Alexy la corrección de la fórmula radbruchiana¹⁰⁷. La pretensión de corrección que acompaña al derecho y que satisface el diálogo racional, importa reconocer que no hay posibilidad de algún diálogo que logre ser totalmente racional, pero éste se constituye contrafácticamente en la medida ideal de la racionalidad práctica (Regulative Idee).

Pensamos que en el realismo jurídico clásico desde la asimilación del derecho con “ordenación racional”, cabe exigir al momento de juzgar la validez de la norma jurídica, constatar o establecer, precisamente, hasta donde la racionalidad de esta y, por ende, su justificación y consiguiente obligatoriedad. Así, no basta limitarse a comprobar el órgano, el procedimiento y la compatibilidad con la norma superior, sino que corresponde ampliar el control a otros requisitos que hablan también de racionalidad y de justificación¹⁰⁸ como, por ejemplo: racionalidad teleológica, racionalidad axiológica (más allá del sistema jurídico implicado), racionalidad lógica, racionalidad pragmática (o de comprensibilidad), racionalidad sociológica, racionalidad respetuosa de la verdad demostrada, etc. Por supuesto, que en cada caso importa la magnitud de la irracionalidad en cuestión y las consecuencias de la declaración de invalidez, dado que –recorremos– lo mejor puede ser enemigo de lo bueno, por eso aquí aparece decisivamente el trabajo propio de la prudencia. En esta teoría, como

¹⁰⁷ Robert Alexy “El concepto y la validez del derecho”, ob. cit. p. 96 a 120.

¹⁰⁸ Cfr. mi artículo “Una teoría de la validez jurídica” en *Doxa* 39 (2016), p. 99-125.

en la anterior, aparece la necesidad de reconciliar el derecho con la razón, tanto sustancial como procedimental. De todas maneras y en orden a la fundamentación del derecho en clave realista, cabe remitir a la naturaleza social del hombre y a la dimensión jurídica y política intrínseca de toda vida social. Aquí, debemos recordar la importancia de la equidad en tanto posibilita apartarse de la solución legal general justa, pero que fallaba en un caso, e incluso, se suponía que el legislador de haber conocido anticipadamente esa anormalidad, la habría computado incluyendo la excepción a la solución general.

La teoría del derecho ferrajoliana tematiza la divergencia entre el “deber ser” (constitucional) y el “ser” (legislativo) del Derecho, que implica la divergencia entre la validez y la vigencia, dado que es posible la existencia de normas vigentes –por resultar conformes a las normas formales sobre su formulación– pero que sin embargo, son inválidas por resultar incompatibles con las normas sustanciales sobre su producción; de ese modo la teoría asume la posibilidad del “derecho ilegítimo” compuesto por lagunas y antinomias. Con más precisión Ferrajoli sobre las divergencias deónticas –entre justicia y validez, entre validez y vigencia, entre vigencia y efectividad– afirma: “La teoría permite distinguir y a la vez conectar los correspondientes niveles de discurso, normativo y crítico el uno con respecto al otro, y sustraerse así a las diversas y frecuentes falacias ideológicas que resultan de su confusión o de su recíproca ignorancia: a) la falacia iusnaturalista, que confunde la validez de las normas con su justicia, impidiendo reconocer la existencia de normas válidas a pesar de ser injustas; b) la falacia ético-legalista, que confunde la justicia con su validez, impidiendo reconocer la existencia de normas injustas a pesar de ser válidas; c) la falacia normativista, que confunde la vigencia de las normas con su validez, impidiendo reconocer la existencia de norma inválidas a pesar de estar vigentes; d) la falacia realista, que confunde por fin la validez o incluso la vigencia con la efectividad, impidiendo reconocer la existencia de normas válidas o vigentes por más que sean ineficaces, o peor aún, su invalidez o

hasta su inexistencia sólo porque sean eficaces”¹⁰⁹. “A diferencia de la experiencia jurídica premoderna, en la que al faltar un sistema de fuentes exclusivas y exhaustivas el derecho se identificaba en gran parte con las opiniones de los juristas, que por ello tenían un carácter inmediatamente normativo, en la experiencia jurídica moderna el principio de legalidad, al permitir reconocer todas y sólo las normas jurídicas positivas, hace posible una ciencia jurídica, al menos en principio, descriptiva de un mundo positivo de normas separado de ella misma”¹¹⁰. Sintéticamente, la noción de validez ferrajoliana queda en buena medida asimilada a la noción kelseniana con el acento del contenido, pero focalizadamente sistémico. Respecto de la equidad, Ferrajoli, haciendo gala de su potente capacidad retórica, usa ese tradicional concepto pero altera totalmente su significado, asimilándola a la “legalidad” como dos aspectos del conocimiento judicial: “El juicio de legalidad corresponde a la verificación...de las características esenciales y comunes que permiten afirmar que un determinado caso individual entra en una determinada clase de delito connotada por la ley; el juicio de equidad consiste en cambio en la comprensión de las características accidentales y particulares del caso individual y no connotadas por la ley”¹¹¹.

Si interrogamos al neoconstitucionalismo crítico sobre el valor o validez del derecho o de una norma jurídica, nos parece que la respuesta se da desde afuera del derecho, más concretamente desde la política, o desde alguna otra dimensión de las relaciones de poder, dominación o disciplinamiento. Abona esa instrumentalización del valor del derecho el pluralismo jurídico arriba referenciado, que conlleva un debilitamiento del poder jurígeno del Estado nacional. Ello se refleja en el pluralismo jurídico beligerante y en las incoherencias que acompañan al derecho y que posibilitan su uso político. Nicolás López Calera luego de constatar la crisis del derecho y la

¹⁰⁹ Luigi Ferrajoli “Principia Iuris”, Trotta, Madrid, 2011, t. I, p. 40.

¹¹⁰ Luigi Ferrajoli “Derecho y razón”, ob. cit., p. 870.

¹¹¹ Ibidem p. 158.

ciencia jurídica burguesa, proclama: “La doctrina del uso alternativo del derecho aparece como un aspecto más de esa crisis en el intento de reconducir ese mismo modelo de derecho a sus más radicales contradicciones, como sería la de servir al proceso de emancipación de la clase trabajadora y en contra, por consiguiente, de la clase burguesa y capitalista”¹¹². La metodología auspiciada por Kennedy del “trashing” no puede favorecer conceptos fosilizantes que tiendan a sacralizar al derecho o a reconocerle un valor positivo. Más bien el trabajo político de los críticos debe incluir el manejo retórico de conceptos que al margen de su origen dominador, es posible un uso alternativo de los mismos. En este punto, el lenguaje y las indeterminaciones que acompañan las ambiciosas declaraciones constitucionales, son una herramienta poderosa para el triunfo en los conflictos políticos que enfrentan los juristas, siempre y cuando que no haya ninguna pretensión metafísica u objetivista en esa semántica. Al respecto, Lelio Basso propone: “Una vía a través de la cual la sociedad de mañana puede entrar en el ordenamiento de hoy y que cabe llamar vía silenciosa, es decir, el cambio de significado de las palabras, de las expresiones. No es necesario modificar el texto literal de la norma para alterar su significado, cuando la misma contiene expresiones cuyo sentido se encuentra estrechamente ligado al contexto sociocultural. Expresiones como orden público, pública moralidad, buenas costumbres utilidad social”¹¹³, y por supuestos, que los textos constitucionales con sus generosas apelaciones a valores, fines o derechos humanos, abren enormes vías para ese trabajo político sobre el lenguaje.

¹¹² Nicolás López Calera “Sobre el alcance teórico del uso alternativo del derecho” en “Sobre el uso alternativo del Derecho” N. López Calera, M. Saavedra, P. A. Ibáñez, Fernando Torres, Editor, Valencia, 1978, p. 12.

¹¹³ Lelio Basso “Giustizia e potere” en *Democrazia e diritto*, n. 4, 1978, p. 565.

*C.3.12. ¿Objeción de conciencia?*¹¹⁴

Explícitamente Alexy reconoce que “la moral puede estar vinculada con el derecho positivo, en primer lugar, a través de la inclusión de principios y argumentos morales en el derecho; en segundo lugar, por medio de que el contenido posible del derecho sea delimitado por la moral; y, en tercer lugar, porque la moral fundamenta un deber de obediencia al derecho”¹¹⁵; y respecto a ésta última conexión precisa el profesor de Kiel: “Solo los que conceden prioridad absoluta al valor moral de la seguridad jurídica no podrán admitir nunca que el deber moral general de obediencia al derecho pueda retroceder por razones morales. Todos los demás tienen arduos dilemas morales que resolver caso por caso”¹¹⁶, aunque reconoce que la cláusula que “la injusticia extrema no es derecho”, permite a los no positivistas resolver los casos más graves y notorios. Recordemos que el profesor de Kiel excluye de la decisión legislativa al ámbito de la “moral personal”, y reconoce como límite de ella a la moral pública, o sea “aquello que ciudadanos racionales con concepciones personales del bien distintas consideran como condiciones de cooperación social justa tan importantes como para que el simple legislador no pueda decidir sobre ello”¹¹⁷.

En perspectiva iusnaturalista pensamos que es un complemento ineludible en el análisis de la ley injusta el derecho a la objeción de

¹¹⁴ Cfr. Luis Prieto Sanchís “La objeción de conciencia como forma de desobediencia civil al derecho”, *Sistema* 59, 1984, p. 41-62; Jorge Malen Seña “Concepto y justificación de la desobediencia civil”, Ariel, Barcelona, 1988; Marina Gascón Abellán “Obediencia del derecho y objeción de conciencia”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990; Nuria Belloso Martín “La desobediencia del derecho y su polémica justificación”, *Revista Derechos Humanos e Democracia*, Ed. UNIJUI, año 1, n. 2, 2013, p. 328-385; y Juan Carlos Suárez Villegas “¿Hay obligación moral de obedecer al derecho?”, Tecnos, Madrid, 1996.

¹¹⁵ Robert Alexy “Derecho y Moral” en “La institucionalización de la justicia”, Granada, Comares, p. 18.

¹¹⁶ *Ibidem* p. 23.

¹¹⁷ Robert Alexy “Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático”, en M. Carbonell (ed.) “Neoconstitucionalismo(s)”, Trotta, Madrid, 2003, p. 40. La salvaguarda de ese límite se confía al Tribunal Constitucional Federal en tanto representación argumentativa de los ciudadanos. Alexy vincula esa moral pública al consenso por superposición (*overlapping consensus*) de Rawls, e invoca la autoridad de Aristóteles para justificar la falta de “exactitud” de la fórmula empleada.

conciencia, que cubre cierto incumplimiento de la norma jurídica en función de razones morales que puede invocar su destinatario. Aquel derecho cubre los reparos razonables del ciudadano o funcionario frente a la violencia moral que le provoca la prescripción en cuestión, y así el derecho como institución, se pone al servicio de un auténtico bien común que no tolera sustancializar fines que fagociten al bien de las personas de carne y hueso. Para el iusnaturalismo clásico no puede haber dudas del valor racional o moral –también específicamente jurídico– que corresponde asignarle a la conciencia de aquel que debe obedecer a la ley¹¹⁸, y una manifestación de ese respeto al destinatario por sobre ficciones impuestas por el iuspositivismo legalista, puede ser que ya Tomás de Aquino justificaba a aquel que incumplía la ley por ignorancia no culpable dado que la ignorancia convertía al acto en involuntario, y también se exime de pena cuando la involuntariedad es total o se disminuye la pena cuando hay una voluntariedad disminuida por flaqueza o pasión. Es que, si la ley es dictamen de la razón práctica, no parece coherente aceptar un cumplimiento dogmático o indiscriminado de todos los destinatarios cualesquiera sean las circunstancias, incluyendo a aquellos que sin poner en riesgo la subsistencia de la sociedad y el derecho pueden aducir razones morales personales que justifiquen su pretensión de no cumplirla.

El “iuspositivismo reforzado” de Ferrajoli en el marco de la separación entre derecho y moral, analiza la obligación jurídica y la obligación ético-política de obedecer las leyes. Al respecto, distingue entre el ciudadano y el juez o funcionario, concluyendo: a) en cuanto al ciudadano, más allá de la obligatoriedad jurídica apoyada por la eficacia disuasoria de la sanción, prevalecen siempre en el plano moral los valores que justifican moralmente tanto la obediencia como la desobediencia; y b) para jueces y funcionarios, la obligación política de observar las leyes, al identificarse con la de aplicarlas, es incondicionada y enteramente formal. “La separación entre derecho

¹¹⁸ Cfr. Jorge G. Portela “La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia”, Buenos Aires, EDUCA, 2005 y Francisco Suarez “De Legibus”, cap. IX, p. 18.

y moral que está en la base del estado de derecho asume así –concluye Ferrajoli– dos diversas y opuestas valencias axiológicas: mientras en el nivel institucional comporta la (relativa) autonomía del derecho respecto de las personales opciones ético-políticas de quien está encargado de aplicarlo, en el nivel individual y social, consiste, por el contrario, en la (absoluta) autonomía de la moral frente al derecho y las instituciones”¹¹⁹. Reiterando la mirada interna al sistema jurídico, concluye Ferrajoli: “Si se quiere hablar de fidelidad o sujeción a la ley, aunque sea en un sentido meramente potestativo, podrá hacerse solo respecto de las leyes constitucionales, sobre cuya base el juez tiene el deber jurídico y el jurista la tarea científica de valorar –y eventualmente censurar– las leyes ordinarias vigentes”¹²⁰. Queda claro que resulta coherente en la teoría ferrajoliana¹²¹ no tolerar del juez el apartamiento de la ley invocando objeción de conciencia, y en cuanto al ciudadano nos parece que resultaría complicado aceptar que justifique su desobligación de la ley fundándose en su conciencia moral, pues hay que recordar la absoluta separación entre moral y derecho, y que en este último solo hay derecho, e incluso respecto de aquello que pudo tener una génesis moral.

Reiteremos que el derecho es identificado en el neoconstitucionalismo crítico o populista como un discurso ideológico del orden que procura disciplinar y ocultar, y desde aquella teoría se busca que el jurista asuma un compromiso político de izquierda en orden a cambiar las estructuras de dominación. El discurso de los derechos humanos en el marco de “situaciones de crisis, cuando los niveles del conflicto se acentúan, ese discurso meramente ideológico, se transforma en una formidable herramienta de lucha, de denuncia, de resistencia a la opresión”¹²². Aquí también opera la prevención de Kennedy respecto a la contradicción que supone para el programa

¹¹⁹ Luigi Ferrajoli “Derecho y razón”, ob. cit., p. 931.

¹²⁰ *Ibidem* p. 876.

¹²¹ Aquí también hay sintonía con Hobbes, cfr. “Leviatán”, Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 179.

¹²² Carlos Cárcova “Las teorías jurídicas post positivistas”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 140.

crítico el “conceptualizar”, pues lo decisivo es “producir efectos” y “convicción” al margen de la “corrección”, “verdad” o “razonabilidad”¹²³, y, por ende, el llamado del profesor de Harvard a “politizar el lugar de trabajo” y “escandalizar al burgués”¹²⁴. Es evidente que frente al esfuerzo dominador y disciplinador que busca el derecho, cabe el compromiso político por resistir y cambiarlo, y el camino de lograr que pierda eficacia a través del derecho a la objeción de conciencia, es un medio idóneo a esos fines. Se patentiza así la función paradójica o alternativa que puede prestar el derecho en manos de juristas críticos que asumen que “el cuerpo de derecho válido, esto es, el derecho que los trabajadores jurídicos consideran como núcleos o marcos en su encuentro inicial con los materiales, puede entenderse mejor, primero, como el producto histórico del trabajo de abogados, juristas y jueces que han llevado adelante (alguna parte del tiempo, consciente o inconscientemente) proyectos ideológicos contrapuestos...y, segundo, como siempre, aunque imprescindiblemente sujeto a desestabilización por futuras estrategias de trabajo con una orientación ideológica”¹²⁵. Descartada la racionalidad como una “ilusión”, queda el derecho cargado de ideología y la tarea de los jueces escudándose en la negación de lo ideológico con su –en términos sartreanos– mala fe¹²⁶, lo cual propicia el esmerilamiento del derecho y su uso alternativo y desacralizador.

C.3.13. ¿Ética judicial?

Tanto en Habermas como en Alexy, aparece implícitamente la dimensión ética de los que están comprometidos en un diálogo racional, afirmando con pretensiones de corrección y con sinceridad en

¹²³ Guillermo Moro “Introducción” al libro “Izquierda y Derecho-ensayos de teoría jurídica crítica” de Duncan Kennedy, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2010, p. 15.

¹²⁴ *Ibidem* p. 24.

¹²⁵ Duncan Kennedy “Una alternativa fenomenológica de izquierda a la teoría de la interpretación jurídica de Hart y Kelsen”, en “Izquierda y derecho”, *ob. cit.*, p. 99.

¹²⁶ *Ibidem* p. 96.

búsqueda de la mejor o más correcta respuesta. Sin embargo, en esos autores el peso de la moral kantiana termina diluyendo la importancia de la voluntad en aras de una racionalidad contra fáctica. Cabe de todas maneras la salvedad, que en la lista de esos neoconstitucionalistas no-positivistas importantes, encontramos explícitamente tratada esa cuestión, subrayando la importancia incluso de las virtudes judiciales; éste es el caso de Manuel Atienza, quien destaca que hay ciertos rasgos adquiridos en el carácter o la personalidad de algunas que los hacen más idóneos para cumplir la función judicial, aclarando el catedrático de Alicante que “las virtudes de los jueces no pueden ser muy distintas de las que caracterizan a otras profesiones o prácticas sociales...las virtudes básicas (las virtudes cardinales de origen griego) reciben una cierta modulación en razón de las peculiaridades de la práctica judicial”¹²⁷. En definitiva, la inevitable discrecionalidad judicial que permite escoger entre las respuestas jurídicas disponibles, remite a una personalidad o idoneidad ética que se supone generará la mejor matriz para la opción respectiva, generando legitimidad.

Es evidente que en el iusnaturalismo clásico la ética del juzgador o de aquel que pretende ser prudente resulta decisivo, dado que la verdad práctica requiere no sólo *recta ratio* sino también *apetito recto*¹²⁸, esa especificidad y su diferencia con la verdad teórica está remarcada por el Aquinate: “La verdad del entendimiento practico se toma de distinta manera que la verdad del entendimiento especulativo, como se dice en el Libro VI de los *Éticos*. En efecto, la verdad del entendimiento especulativo se toma de la conformidad del entendimiento a la cosa conocida...En cambio, la verdad del entendimiento práctico se toma de la conformidad al *apetito recto*; conformidad que no tiene lugar en las cosas necesarias, que no dependen de la voluntad humana, sino solamente en las cosas contingentes, que

¹²⁷Manuel Atienza “Ética judicial”, en “Cuestiones judiciales”, Fontamara, México, 2001, p. 153.

¹²⁸“La prudencia se da realmente en la razón como en su propio sujeto, pero presupone como principio, la rectitud de la voluntad”, cfr. Tomás de Aquino “Suma Teológica”, I-II, c. 56, 2, ad. 3.

pueden ser hechas por nosotros, bien sean actos interiores, bien sean operaciones exteriores”¹²⁹. En este punto, puede resultar de interés acudir a la autorizada palabra de Adela Cortina como representante de la ética dialógica, quien afirma: “Creo que a lo largo de la polémica entre neor aristotélicos y neokantianos se ha ido configurando un concepto excesivamente pobre de la ética procedimental, un concepto que puede ampliarse reconstruyéndolo desde las ideas de valor y télos, hasta dar lugar incluso a una ética de virtudes o de actitudes, que complementará el reciente discurso de Habermas sobre la justicia y la solidaridad”¹³⁰.

El escepticismo ético asumido por Ferrajoli se torna un obstáculo para diseñar racionalmente una ética judicial con pretensiones de objetiva y cognitiva, de ese modo concluyentemente afirma Moreso: “La posición de Ferrajoli me parece más bien extraña y exagerada versión del pesimismo de la inteligencia y el optimismo de la voluntad”¹³¹, a lo que se suma la misma palabra del autor italiano: “Lo que constituye la ley no es esa *juris prudentia* o sabiduría de jueces subordinados, sino la razón de este hombre artificial nuestro al que llamamos Estado y lo que él manda”¹³². Aquí conviene insistir sobre el pesimismo antropológico y el optimismo jurídico de la teoría ferrajoliana: “Los presupuestos del paradigma constitucional...son los clásicos principios liberales según los cuales: a) los hombres, sobre todo si tienen poder, son, o de cualquiera pueden suponerse que son, tendencialmente malos e inmorales; b) lo humano no está en modo alguno unida por una “unidad moral” sino, al contrario, dividida por valores, culturas e intereses diversos y antagónicos; c) los seres humanos, a su vez, son diferentes entre sí debido a razones sociales,

¹²⁹ Tomás de Aquino “Suma Teológica”, I-II, c.57, 5, ad.1. Para ampliar lo señalado remito a mi libro “Ética y Responsabilidad Judicial”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

¹³⁰ Adela Cortina “La ética discursiva” en “Historia de la ética” Victoria Camps (ed.), Crítica, Barcelona, 1989, p. 554.

¹³¹ José Juan Moreso “Ferrajoli o el constitucionalismo optimista”, Doxa, Alicante, t. 31, p. 286.

¹³² Luigi Ferrajoli “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-positivismo y neo-iusnaturalismo” en Doxa 34 (2011), Alicante, p. 361.

intereses económicos y concepciones políticas y morales, por lo que están virtualmente en conflicto”¹³³. Cerremos con la siguiente transcripción de Ferrajoli: “Con la fórmula ‘separación del derecho de la moral’ pueden entenderse dos cosas diferentes, dependiendo de que se utilice en sentido asertivo o en sentido prescriptivo. En el primer caso, la fórmula es una tesis teórica acerca de la autonomía de los juicios jurídicos respecto a los juicios ético-políticos, que tiene que ver sobre todo con el problema jurídico de la legitimación interna o validez. En el segundo caso es un principio normativo acerca de la diversidad de funciones y la consiguiente autonomía de las normas jurídicas respecto a las normas morales, que hace referencia esencialmente al político de la justificación externa o de la justicia”¹³⁴. En definitiva, la eventual moral del juez está en el terreno de lo irracional o no cognoscible, y sólo queda el derecho con sus mandatos generados en la voluntad de la autoridad.

Con las tesis precedentemente señaladas del neoconstitucionalismo crítico resultará fácil concluir cual será el perfil del “buen” juez que se auspicia. Kennedy contra Dworkin no duda en sostener que nunca en el derecho hay una respuesta correcta¹³⁵, e incluso confiesa: “Ataque profundo a las estructuras básicas de racionalidad occidental burguesa, que pone en cuestión la posibilidad misma de los ‘grandes conceptos’ como la objetividad, la neutralidad, la justicia, la corrección”¹³⁶. Reiteremos que “el derecho en general y las decisiones judiciales en particular, son una extensión de la política”¹³⁷, y así en el trabajo judicial la ideología se canaliza prioritariamente mediante los argumentos no deductivos (policy arguments) las ma-

¹³³Luigi Ferrajoli “Principia Iuris”, ob. cit. t. II p. 550.

¹³⁴Luigi Ferrajoli “Derecho y razón”, ob. cit. p. 219.

¹³⁵Duncan Kennedy, “A Critique of Adjudication, Fin de Siécle”, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, año 1997, p. 129.

¹³⁶Moro Guillermo, Prólogo de “Izquierda y Derecho” de Duncan Kennedy, Editores Siglo Veintiuno, Buenos Aires, año 2010, p. 20.

¹³⁷Cesar Rodríguez “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces” en “Libertad y restricción en la decisión judicial” de Duncan Kennedy, Ed. Uniandes, Bogotá, 1999, p. 65.

nipulaciones y preferencias ideológicas. El juez asume una actitud estratégica frente a los textos legales para lograr la sentencia que quiere dictar, pero sin embargo el lenguaje judicial “utiliza de manera consciente, de mala fe, la retórica dominante de la aplicación mecánica de las normas”¹³⁸. Kennedy recurre a Sartre para explicar esa “mala fe”¹³⁹ judicial que oculta la verdad a uno mismo, por lo que existe dualidad entre engañador y engañado, llegándose a detectar cierta “semiconsciencia”¹⁴⁰ en el conflicto que vive el juez buscando la sentencia que ideológicamente prefiere. El “carisma” del juez “incrementa la fuerza del juez en la manipulación de recursos retóricos utilizados”¹⁴¹. Destaquemos que en la perspectiva crítica se debilita o desaparece la distinción entre creación y adjudicación judicial, en tanto ésta última cumple una función equivalente con el trabajo del legislador. Sintéticamente, el “buen” juez es el que procura con éxito el triunfo de la ideología que comparte, pues la clave está en tomar en serio a la “ideología” abandonando toda pretensión de verdad y recurriendo a una razón estratégica. Perfecto Andrés Ibañez reclama “la reinserción de la actividad judicial en la soberanía popular oponiéndose a la que considera manipulación de la judicatura en sentido represivo...si el ordenamiento jurídico no es un conjunto armónico y dotado de coherencia, sino que traduce en el nivel normativo las divisiones de la sociedad civil –y que el mismo estaría llamado a soldar–, es evidente que el juez no se encuentra ante un camino único. Tendrá que elegir una entre las diversas opciones interpretativas y lo hará ya negando la existencia de éstas para considerarse como la imparcial “boca que pronuncia las palabras de la ley”, de una ley unívoca, lo que equivale a inscribirse en la misma lógica del poder con adhesión a los valores políticos e ideológicos dominantes. O bien, comprendiendo su actividad como políticamente condicionada, asumiría en la plenitud de sus determinaciones, buscando en su

¹³⁸ Ibidem, p. 62 y 63.

¹³⁹ Ver Duncan Kennedy, “A Critique...”, p. 199.

¹⁴⁰ Ver Duncan Kennedy, “A Critique...”, p. 199.

¹⁴¹ Duncan Kennedy, “A Critique...”, p. 167.

ejercicio la congruencia con los valores personalmente aceptados de entre los que subyacen al propio sistema legal vigente y sometiendo la opción que esto entraña a la crítica social”¹⁴².

C.3.14. *¿Política y Democracia?*

En el neoconstitucionalismo no positivista constructivista, desde la confianza en la razón práctica dialógica proyectada al campo pragmático, cabe defender modelos de democracia deliberativa, incluso propuestos contra fácticamente, y un buen ejemplo de ello pueden ser Habermas o Nino. Pero recordemos algunas afirmaciones explícitas al respecto de Alexy, y empecemos transcribiendo la siguiente: “La teoría del discurso conduce al constitucionalismo democrático porque plantea dos exigencias cardinales respecto al contenido y a la estructura del sistema jurídico: derechos fundamentales y democracia”¹⁴³, pero como hay distintas nociones de democracia, precisa el autor alemán: “El principio del discurso exige la democracia deliberativa. La democracia deliberativa es más que un procedimiento para establecer un equilibrio de intereses por debajo del umbral de la dictadura o la guerra civil. En ella, el plano de los intereses y del poder se superpone un plano de los argumentos, en el que todos los implicados discuten sobre la solución política correcta. La democracia deliberativa, por consiguiente, presupone la posibilidad de racionalidad discursiva... Quien quiere corrección, tiene que querer discursos y quien quiere discursos, tiene que querer democracia”¹⁴⁴; y en otro trabajo Alexy insiste: “La democracia deliberativa es un esfuerzo para institucionalizar el discurso como medio para la toma pública de decisiones, tanto como sea posible. Por esta mis-

¹⁴² Perfecto Andrés Ibáñez “Uso alternativo del derecho y práctica judicial” en “Sobre el uso alternativo del derecho”, ob. cit. p. 122.

¹⁴³ Robert Alexy “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, *Doxa* 32, p. 78.

¹⁴⁴ *Ibidem* p. 80, igualmente Robert Alexy “Ley fundamental y teoría del discurso” en N. Cardinaux, L. Clérico y A. D’Auria (eds.), “Las razones de la producción del Derecho”, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA), 2006, p. 30.

ma razón, la relación entre el pueblo y el parlamento no debe estar únicamente determinada por las decisiones expresadas a través de las elecciones y los votos sino, también, mediante argumentos. En este sentido, la representación parlamentaria del pueblo es, a la vez, volitiva o decisionista y argumentativa o discursiva. En cambio, la representación del pueblo en el tribunal constitucional es puramente argumentativa”¹⁴⁵. Alexy afronta la dificultad de conciliar el control de constitucionalidad con la democracia, y en ese punto afirma: “La única manera de reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia, es considerando que aquél es también una forma de representación del pueblo...El concepto de representación argumentativa es la clave para solucionar los anteriores problemas y, por consiguiente, también es central para solucionar el problema general del control de constitucionalidad”¹⁴⁶. Es obvio que pueden presentarse conflictos entre los derechos fundamentales y la democracia, en tanto si se le otorga una primacía absoluta de aquellos se corre el riesgo de suprimir “la libertad de acción del Legislador en extensos ámbitos de la vida política”, en definitiva: “El proceso de creación del derecho tiene que ser democrático. Además, el principio de la mayoría no debe valer ilimitadamente”. La propuesta alexyana es “constitucionalismo moderado”¹⁴⁷, o sea un punto intermedio entre el constitucionalismo y el legalismo, según el mismo se defiende una visión de la Constitución como “orden fundamental” y “orden marco”, lo cual es posible si “en primer lugar, ella ordena y prohíbe algunas cosas, establece un marco; si en segundo lugar, confía otras cosas a la discrecionalidad de los poderes públicos, o sea, deja abiertos márgenes de acción”¹⁴⁸, y en esa matriz no cabe la tesis de la infalibilidad del legislador. En síntesis, la corrección en la política

¹⁴⁵Robert Alexy “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Perfecto A. Ibáñez y Robert Alexy “Jueces y Ponderación Argumentativa”, UNAM, México, 2006, p. 14.

¹⁴⁶Ibidem p. 13.

¹⁴⁷Robert Alexy “El concepto y la validez del derecho”, ob. cit., p. 177.

¹⁴⁸Robert Alexy “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, en “Revista Española de Derecho Constitucional”, Madrid, año 22, n 66, 2002, p. 23.

y el derecho requiere diálogo racional y su institucionalización en la democracia deliberativa.

Más allá de lecturas diferentes, apoyándose también en una razón práctica de raigambre aristotélica que alcanza el plano prudencial, también cabe la posibilidad de respaldar democracias deliberativas al modo de la propuesta de Francesco Viola. El profesor italiano analiza¹⁴⁹ las relaciones entre Constitución y democracia, estableciendo dos modelos: a) el de la “Constitución-custodio” en tanto ella marca el límite externo de la democracia por lo que ésta termina siendo una “democracia vigilada”, estando principalmente a cargo de los jueces ese control extrínseco; y b) el de la “Constitución-simiente” que se basa en que los principios constitucionales no son completos o están indeterminados, sino que son razones fundamentales que deben ser desarrollados en el marco de contextos sociales y circunstancias históricas, por ende aquí se da una “democracia agricultora”, y asume mayor protagonismo la actividad legislativa. Por supuesto que Viola prefiere el último modelo que implica la necesidad de llevar a cabo una lectura moral de la Constitución, en donde se requiere interpretar razones mediante una práctica argumentativa que desdibuja los límites entre derecho y moral. Rechaza Viola las democracias deliberativas puramente procedimentales en tanto hay presupuestos sustanciales que son también sujetos al procedimiento deliberativo, pero aquí deberían prevalecer las razones que tienen mayor peso argumentativo y, por esa vía, cabe reconocerle a las “decisiones democráticas un cierto valor epistémico”¹⁵⁰. La deliberación argumentativa apela a valores imparciales apoyados en razones prevalentes esgrimidas por ciudadanos libres e iguales, que no tienen la misma filosofía de vida, ni parten de la primacía indiscutible de sus preferencias. “La deliberación política –precisa Viola– no atiende solo a los medios,

¹⁴⁹Cfr. Francesco Viola “La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo”, UNAM, México, 2006.

¹⁵⁰Ibidem p. 22.

sino también a los fines políticos fundamentales”¹⁵¹, pero la pregunta remite a si es compatible con el principio mayoritario, y al respecto, Viola descarta que el principio de mayoría meramente agregativo o de votos tenga valor epistémico, e insiste que la deliberación es un proceso cognoscitivo que se distingue de la “demostración” y de la “persuasión retórica”. La “concepción constitucional de la democracia” exige argumentar sobre el bien común de la sociedad política, por eso, ella no es “democracia estadística” en donde cada uno aporta sus preferencias y se prescinde de la “verdad”. Critica Viola a la visión de Nino centrada en proteger la autonomía individual, dado que ésta no basta porque se requiere la autonomía de la misma comunidad política en donde “cada ciudadano posee así un derecho a la justificación argumentada y un deber de justificar, o bien, un derecho-deber a la razonabilidad”¹⁵², y consiguientemente, cada ciudadano aporta su visión de la sociedad justa. Por supuesto que detrás de la teoría de Viola está presente la filosofía clásica que defiende la sociabilidad natural en el hombre y la importancia de las virtudes en los ciudadanos prudentes posibilitados de buscar los bienes individuales y los bienes colectivos o comunes. En Finnis uno de los bienes humanos básicos es la amistad y la sociabilidad, y una de las exigencias de la razonabilidad práctica es “favorecer y promover el bien común”¹⁵³. En el profesor oxoniense el bien común remite a los valores básicos que son buenos para toda y cada una de las personas, de modo que cada uno de ellos “es él mismo un bien común puesto que puede ser participado por un número inagotable de personas en una variedad inagotable de formas o en una variedad inagotable de ocasiones”¹⁵⁴. La definición finnisiana privilegiada de “common good” es: “Conjunto de condiciones que capacita a los miembros de una comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables, o

¹⁵¹ *Ibidem* p. 23.

¹⁵² *Ibidem* p. 68.

¹⁵³ Cfr. “La teoría jurídica de John Finnis” en mi libro “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

¹⁵⁴ John Finnis “Ley Natural y Derechos Naturales”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 184.

para realizar razonablemente por sí mismos el valor (o los valores), por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente (positiva y/o negativamente) en una comunidad”¹⁵⁵.

El modelo democrático ferrajoliano completa la dimensión formal con la sustancial, en tanto la Constitución establece la esfera de lo “no decidible” porque ya está decidido y, por ende, sustraído de otras decisiones. Dicha teoría termina brindando una matriz fuertemente juricista en donde eventualmente sólo queda el recurso a la mayoría sin posibilidad de alcanzar deliberaciones racionales, dado el rechazo a la razón práctica¹⁵⁶. El Estado Constitucional de Derecho es un Estado de derecho “fuerte” porque “el legislador ya no es omnipotente, en el sentido de que las leyes no son válidas sólo por haber sido producidas por él, en las formas y con los procedimientos establecidos; lo serán si, además resultan también coherentes con los principios constitucionales. Y tampoco es omnipotente la política, cuya relación con el derecho se invierte: también ella y la legislación, que es su producto, se subordinan al derecho, hasta el punto de que no es el derecho el que puede ser concebido como instrumento de la política, sino, al contrario, es la política que ha de ser asumida como instrumento para la actuación del derecho, y precisamente de los principios y de derechos fundamentales inscritos en ese proyecto, a la vez jurídico y político. La tesis ferrajoliana que en el Estado de Derecho Constitucional la política se subordina al derecho, implica que la política y la democracia queda clausurada a los límites ya marcados en la constitución, impidiendo flujos de cuestionamientos, actualizaciones o cambios¹⁵⁷. De aquí se sigue un cambio en la naturaleza misma de la democracia: ésta ya no consiste simplemente en

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ Luigi Ferrajoli “Epistemología jurídica y Garantismo”, *ob. cit.*, p. 270.

¹⁵⁷ Cfr. los artículos de Ermanno Vitale y Anna Pintore en “Los fundamentos de los derechos fundamentales” Luigi Ferrajoli, ed. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Geminello Preterossi comentando la propuesta ferrajoliana escribe: “¿no corre el riesgo de ser la expresión de una auto-narración incompleta de la modernidad, que produce una confianza excesiva en la posibilidad –y razonabilidad– de una juridización integral de la política?” en “Principia Iuris ente normatividad y poder: sobre el Estado Constitucional de Derecho en la teoría de Luigi Ferrajoli”, *art. cit.* p. 324.

su dimensión política, proveniente de la forma representativa y mayoritaria de la producción legislativa que condiciona la vigencia de las leyes, sino que también consiste en la dimensión sustancial que le viene impuesta por los principios constitucionales, que vinculan el contenido de las leyes, condicionando su validez sustancial a la garantía de los derechos fundamentales de todos”¹⁵⁸. En el Estado Constitucional de Derecho –amplía Ferrajoli– ya no hay “poderes absolutos”¹⁵⁹ y la democracia deja de ser meramente “formal” o “procedimental” en donde el pueblo directa o a través de sus representantes está habilitado para adoptar decisiones, pues, a esa exigencia se le suma lo “sustancial”, en tanto la Constitución define qué cosa se debe o no decidir, las cuales se identifican con los derechos de libertad que el Estado no debe violar y con los derechos sociales que éste debe satisfacer.

El neoconstitucionalismo crítico o populista auspicia o se orienta a una democracia radical o agónica –utilizando expresiones típicas de Ernesto Laclau o Chantal Mouffe– en tanto se asumen los antagonismos en la vida social y la necesidad política de construcción de identidades populares; pero se critican las propuestas de democracias liberales o deliberativas dado la prevalencia del individuo y la confianza en la razón. Un antecedente remoto, pero elocuente, puede ser el Marx de la “Crítica de la filosofía del Estado de Hegel” cuando afirmaba: “El Estado político tiene que desaparecer en la verdadera democracia”¹⁶⁰. Mark Tushnet no duda en sostener que los estudios críticos sobre el derecho “son menos un movimiento intelectual sobre el derecho (aunque también lo sea) que una locación política”¹⁶¹, y es en función de esa posición política y la lucha que asume en ese terreno es que se elabora la teoría. Por eso, reiteremos

¹⁵⁸Ibidem p. 261.

¹⁵⁹Luigi Ferrajoli “Paradigmas de la democracia constitucional”, Universidad Nacional de Rosario-EDIAR, Buenos Aires, 2009, p. 35.

¹⁶⁰Karl Marx “Crítica de la filosofía del Estado de Hegel”, Biblioteca Nueva, Madrid, 2002, p. 100.

¹⁶¹Mark Tushnet “Critical Legal Studies: A Political History”, The Yale Law Journal, vol. 100, n. 5, 1991, p. 1515.

que es la política la que domina y controla a la teoría y a la práctica de los juristas. Desde esa identidad Kennedy confiesa sus propósitos: “Mostrar cuánto del derecho actual vigente era el producto de proyectos políticos tanto de derecha como de la izquierda moderada, para que entonces pudiéramos discutir por proyectos más radicales, no sobre la base de lo legalmente correcto, pero sobre la base de que eran correctos si la gente los quería”¹⁶². Desde esa misma sintonía, se auspicia –reiteremos– una “democracia radical” o “agónica” o una “realización autogestionaria de la política”¹⁶³ en tanto se asumen los antagonismos en la vida social y la necesidad política de construcción de identidades populares, pero se critican las propuestas de democracias liberales o deliberativas dado la prevalencia del individuo y la confianza en la razón. Pietro Barcellona en su crítica a la modernidad liberal afirma: “El ‘derecho igual’ moderno cancela este momento atributivo, lo oculta, y se presenta como un derecho de la circulación, de la igualdad, de sujetos que son ya individuos atomizados que entran en relación sólo con el mercado y que sólo tienen en común la prohibición fundamental de interferir uno la esfera del otro... Critico el ‘derecho igual’ porque pienso en una forma de democracia como participación igualitaria en las cosas comunes. Pero el derecho a la igual participación implica la insuprimibilidad de las diferencias... La subjetividad es plural, estructuralmente plural... Sólo existe la praxis colectiva que crea y desarrolla la subjetividad”; y en cuanto a su teoría de la democracia como autogobierno y autocreación dice: “La democracia es la forma reflexiva de la praxis y de la socialización... Democracia y derecho no son la misma cosa. El derecho son los códigos, el derecho de la igualdad...; la democracia es la socialización del poder normativo, la constitución política de lo social”¹⁶⁴.

¹⁶²Duncan Kennedy “Critical Legal Theory”, en Tiefenburn, Susan (ed.) *Law and the Arts*, Westport, CT, Greenwood Press, 1999, p. 117.

¹⁶³Carlos Cárcova “Las teorías jurídicas post positivistas”, ob. p. 73.

¹⁶⁴Pietro Barcellona “El individualismo propietario” ob. cit. p. 154, 160 y 161.

C.4. Conclusión

Hemos desarrollado en el punto anterior las perspectivas neoconstitucionales en torno a catorce cuestiones o problemas, y fácilmente se puede concluir que existen amplias coincidencias en las respuestas que al respecto brindan las teorías jurídicas no positivistas kantianas con las de raigambre aristotélica, y al mismo tiempo, la distancia que tienen con el positivismo crítico de Ferrajoli, la que se profundiza cuando las comparamos con el neoconstitucionalismo crítico posmoderno. Por supuesto, que el estudio podría ampliarse y completarse con otros análisis, por ejemplo, podríamos destacar las peculiaridades de las diferentes teorías, en tanto hay temas o ámbitos que algunas de ellas estudian o se detienen, mientras que las otras no lo abordan o lo hacen muy ligeramente. A este respecto, digamos que una prueba de ello puede ser el notable desarrollo ferrajoliano en materia de las proyecciones del constitucionalismo al plano internacional, con su democracia cosmopolita y el constitucionalismo global. Pero también podríamos intentar hacer un relevamiento de las diferencias entre los neoconstitucionalismos no positivistas, en buena medida a tenor de una base antropológica, moral y gnoseológica diferenciada (Kant y Aristóteles), que finalmente se traduce en posiciones divergentes¹⁶⁵. Incluso en ese análisis podríamos detectar el acercamiento entre kantianos y ferrajolianos en temas puntuales del campo moral, como por ejemplo la respuesta positiva sobre el aborto, aunque con una amplitud y fundamentación muy diferente en Alexy y Ferrajoli. De todas maneras, no es ése el objetivo propuesto, que como dijimos al comienzo, quería hacer una especie de descripción de las cuatro teorías jurídicas en juego, con la finalidad anexa orientada a verificar amplias coincidencias entre los no positivistas y su separación con la teoría ferrajoliana y la crítica o populista.

El esfuerzo concretado no ignora que –como anticipábamos al comienzo– hay coincidencias entre todos los neoconstitucionalistas

¹⁶⁵Remitimos a mi libro “Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias”, ob. cit.

a la hora de estudiar, avalar y promover al EDC. A los fines de poner de relieve aquellas genéricas coincidencias que constituyen tesis centrales de las variantes neoconstitucionalistas, señalemos sintéticamente por ejemplo: i) la operatividad jurídica de la Constitución; ii) el respeto irrestricto que imponen los derechos humanos o fundamentales con una fuerte preocupación para su satisfacción; iii) el importante compromiso de los juristas y el conocimiento jurídico con una dimensión valorativa y directiva de la realidad; iv) la necesidad de una reformulación del Estado superando la noción clásica de soberanía; v) una defensa incondicional de la democracia como forma de gobierno; y vi) el rechazo a las tesis centrales y constitutivas del “paleopositivismo jurídico kelseniano” y del EDL. Al margen de esas coincidencias, no debemos olvidar las peculiaridades del neoconstitucionalismo crítico o populista, en tanto su “aval” al EDC está movilizado por el interés de su superación, de modo que su “promoción” persigue finalmente dejar atrás el engaño y el ocultamiento que esconde el EDC bajo grandes y emotivas palabras como razón, verdad, igualdad, libertad, justicia, etc.¹⁶⁶.

Quizás la conclusión más importante a la que podemos arribar es que solo asumiendo a algunas de las versiones neoconstitucionalistas le resultará posible al jurista comprender y operar el derecho característico del EDC propio de nuestro tiempo. Es que como ya lo destacamos al comienzo, todo modelo de Derecho y de Estado requiere de alguna teoría que lo explique, avale y promueva; en el EDL ese papel lo cumplió centralmente el iuspositivismo, pero los cambios notables que supuso el EDC importaron la exigencia de “dejar atrás al positivismo jurídico”¹⁶⁷. También es cierto que cada vez más se escuchan voces de alerta por un despliegue o activismo judicial que torna al derecho con una cuota de imprevisibilidad e inseguridad jurídica di-

¹⁶⁶Francisco Leocata ha defendido la tesis que Nietzsche a pesar de su irracionalismo, puede considerarse un radicalizador de algunas premisas de la ilustración (“Modernidad e Ilustración en los primeros escritos de Nietzsche”) en *Sapientia* 210 (2001), p. 445-480.

¹⁶⁷Cfr. Manuel Atienza - J. Ruiz Manero “Dejemos atrás al positivismo jurídico”, *Isonomía*, México, n. 37.

fácil de digerir para el jurista y el ciudadano común. Puede detectarse en amplios sectores de la doctrina que al comienzo vieron con buenos ojos las tesis características impulsadas por el neoconstitucionalismo, que van generando críticas genéricas a ese movimiento y que reclaman volver a propuestas que se pensaban superadas por el EDC¹⁶⁸. En buena medida con el presente artículo pretendimos alertar que el neoconstitucionalismo ofrece versiones bastante distintas, y que no todas ellas suponen —es ésta una de las principales críticas— que los jueces están habilitados a resolver todos los casos sólo con principios jurídicos, tornándose las reglas como algo irrelevante y siempre derrotables. Al mismo tiempo, corresponde alertar que las Facultades de Derecho en su gran mayoría siguen inercialmente formando a los juristas pensando en el EDL, y de ese modo, se los condena a cierta esquizofrenia dado que ellos cuentan con un aparato conceptual y aptitudes de poca utilidad para afrontar los desafíos y exigencias que conlleva el EDC. El resultado es tener que moverse en esa nueva realidad cómo se pueda, intentando disimular las limitaciones e incompetencias con las que han sido formados.

¹⁶⁸Cfr. “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo: riesgos y prevenciones” en mi libro “Constitucionalización y Judicialización del Derecho”, Porrúa, México, 2013.