

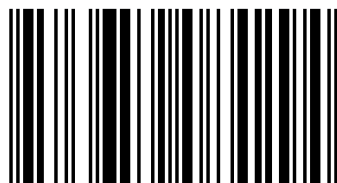
## Neo constitucionalismo y Currículum

Diseñar currículum presupone una idea de la realidad y de los valores a considerar en el proyecto de formación. Es un proceso complejo, multidisciplinar y abierto que implica para las Facultades de Derecho, la selección de un marco filosófico desde donde llevarlo a la práctica. Durante el siglo XX, el Neo constitucionalismo se presentó como la corriente más representativa en el camino para superar el positivismo. Sin embargo, a la hora de diseñar sus proyectos institucionales, las Facultades se muestran en la práctica, todavía apegadas a la construcción de planes memorísticos, de clases magistrales y compilación enciclopédica, cuyo producto es la cátedra y el departamento. Esta obra plantea la posibilidad de intervenir los proyectos de educación jurídica mediante los conocimientos de la Teoría del currículum, proponiendo un diseño básico a través del Neo constitucionalismo, organizando la tarea pedagógica en núcleos didácticos integradores, teniendo en cuenta la idea del jurista germano argentino Werner Goldschmidt. Los núcleos integrarían temas que atravesasen todo el currículum con el objetivo de superar el encerramiento y la visión parcial que suponen las cátedras.



**Dora Esther Ayala Rojas**

Doctora en Derecho por Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Especialista en Derecho Tributario Universidad de Salamanca y Universidad Nacional del Litoral, Argentina. Especialista en Docencia Universidad Nacional Nordeste. Formación intensiva en Didáctica Universidad Agraria La Habana Cuba. Profesora titular. Investigadora. Con juez federal.



978-3-659-08429-4

editorial académica española

Neo constitucionalismo y Currículum

Ayala Rojas



**Dora Esther Ayala Rojas**

## Neo constitucionalismo y Currículum

Un proyecto integrador para la enseñanza del Derecho

**Dora Esther Ayala Rojas**

**Neo constitucionalismo y Currículum**



**Dora Esther Ayala Rojas**

# **Neo constitucionalismo y Currículum**

**Un proyecto integrador para la enseñanza del  
Derecho**

**Editorial Académica Española**

## **Impressum / Aviso legal**

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek: Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle in diesem Buch genannten Marken und Produktnamen unterliegen warenzeichen-, marken- oder patentrechtlichem Schutz bzw. sind Warenzeichen oder eingetragene Warenzeichen der jeweiligen Inhaber. Die Wiedergabe von Marken, Produktnamen, Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen u.s.w. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutzgesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Información bibliográfica de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek clasifica esta publicación en la Deutsche Nationalbibliografie; los datos bibliográficos detallados están disponibles en internet en <http://dnb.d-nb.de>.

Todos los nombres de marcas y nombres de productos mencionados en este libro están sujetos a la protección de marca comercial, marca registrada o patentes y son marcas comerciales o marcas comerciales registradas de sus respectivos propietarios. La reproducción en esta obra de nombres de marcas, nombres de productos, nombres comunes, nombres comerciales, descripciones de productos, etc., incluso sin una indicación particular, de ninguna manera debe interpretarse como que estos nombres pueden ser considerados sin limitaciones en materia de marcas y legislación de protección de marcas y, por lo tanto, ser utilizados por cualquier persona.

Coverbild / Imagen de portada: [www.ingimage.com](http://www.ingimage.com)

Verlag / Editorial:

Editorial Académica Española

ist ein Imprint der / es una marca de

OmniScriptum GmbH & Co. KG

Heinrich-Böcking-Str. 6-8, 66121 Saarbrücken, Deutschland / Alemania

Email / Correo Electrónico: [info@eae-publishing.com](mailto:info@eae-publishing.com)

Herstellung: siehe letzte Seite /

Publicado en: consulte la última página

**ISBN: 978-3-659-08429-4**

Zugl. / Aprobado por: Rosario, Universidad Nacional de Rosario, Tesis Doctoral, 2012

Copyright / Propiedad literaria © 2013 OmniScriptum GmbH & Co. KG

Alle Rechte vorbehalten. / Todos los derechos reservados. Saarbrücken 2013

Dedicado a mi hijo Juan, porque está inmerso en  
el laberinto formativo de estos tiempos.

## **Agradecimientos**

Agradezco al Profesor Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani y a la Universidad Nacional de Rosario de la República Argentina, porque desde lo académico y lo personal, marcaron con un privilegiado, singular y profundo diálogo, el camino de este trabajo.

Agradezco a la Universidad Nacional del Nordeste de la República Argentina, porque le debo mi carrera y por lo tanto, lo mejor de lo que he podido ser y que tal vez aún pueda ser. Transcurrieron treinta años de apoyo permanente.

Agradezco al equipo de colegas que me acompaña,, tanto en la docencia como en la investigación porque han enriquecido mi vida con sus puntos de vista.

Agradezco a los estudiantes, con quienes comparto día a día la maravillosa aventura de conocer, porque me han dado alegrías y esperanzas de una sociedad mejor.

Agradezco a mi familia, principio y fin de mis proyectos, porque sin su amor no hubiera sorteado ni siquiera el primer obstáculo. Y fueron muchos....

Agradezco a la Editorial, porque puso su mirada en mi obra y decidió publicarla.

Corrientes, República Argentina, noviembre de 2013.

## ÍNDICE

|                                                                                |    |
|--------------------------------------------------------------------------------|----|
| <u>Capítulo I:</u> Acerca del Diseño Neo Constitucional.....                   | 7  |
| <u>Capítulo II:</u> A) Núcleo histórico – epistemológico: Su fundamentación... | 23 |
| A.1) Significado y alcances de la expresión.....                               | 26 |
| A.2) Supuestos de la nueva versión constitucional.....                         | 35 |
| A.3)                                                                           |    |
| Antecedentes.....                                                              | 51 |
| A.3.1) Los tribunales constitucionales.....                                    | 57 |
| A.4) Referentes.....                                                           | 78 |
| A.4.1) G. Sartori y las críticas al positivismo.....                           | 78 |
| A.4.2) N. Mateucci y su oposición a la tesis de Bobbio.....                    | 82 |
| A.4.3) H. Hart y la discrecionalidad judicial.....                             | 83 |
| A.4.4) R. Guastini y la constitucionalización del Derecho.....                 | 89 |

|                                                                          |            |
|--------------------------------------------------------------------------|------------|
| A.4.5) R. Dworkin y el juez filósofo.....                                | 90         |
| A.4.6) La controversia Hart/Dworkin.....                                 | 102        |
| A.4.7) R. Alexy y la naturaleza doble del derecho.....                   | 111        |
| A.4.8) R. Alexy y la ponderación.....                                    | 126        |
| A.4.9) G. Zagrebelsky y la ductilidad constitucional.....                | 138        |
| A.4.10) L. Ferrajoli y el garantismo.....                                | 142        |
| A.4.11) C. Nino y la pluralidad de conceptos sobre el derecho.....       | 147        |
| A.4.12) M. Barberis y el imperialismo de la moral.....                   | 159        |
| A.5)                                                                     |            |
| Relaciones.....                                                          | 163        |
| A.5.1) El neo constitucionalismo y el positivismo.....                   | 163        |
| A.5.2) El neo constitucionalismo y el trialismo.....                     | 165        |
| <u>Capítulo III: B) Núcleo Socio- jurídico: su fundamentación.....</u>   | <u>176</u> |
| B.1) La sociedad diversa: étnica, religiosa, lingüística, de género..... | 178        |
| B.1.1) Las formas de exclusión.....                                      | 186        |
| B.1.2) Los derechos humanos como derechos fundamentales.....             | 191        |
| B.2) Constitución y Democracia.....                                      | 192        |

|                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B.2.1) La omnipresencia de la constitución.....                              | 195 |
| B.2.2) El control judicial de constitucionalidad.....                        | 198 |
| B.2.3) El garantismo como defensa del sistema.....                           | 206 |
| B.3) Proyección Internacional.....                                           | 209 |
| B.3.1) El Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....                 | 209 |
| B.3.2) La Corte Interamericana de Derechos Humanos.....                      | 212 |
| <u>Capítulo IV: C) Núcleo Antropológico – Jurídico: Su fundamentación...</u> | 218 |
| C.1) La formación garantista.....                                            | 220 |
| C.1.1) La ciudadanía.....                                                    | 229 |
| C.1.2) La felicidad y la fraternidad como bien común político...             | 240 |
| C.1.3) El papel del juez.....                                                | 243 |
| C.1.4) La educación para la paz.....                                         | 254 |
| <u>Capítulo V: Conclusiones.....</u>                                         | 262 |

En la crisis del currículum se concreta la lucha entre una racionalidad tecnocrática, encubridora de los verdaderos problemas del campo del currículum que ha mostrado sus límites discursivos (enmarcados en una lógica formal –lineal); y una razón crítico transformadora que se le opone, colocando en el corazón de su pensamiento el carácter político – ideológico y socio cultural de toda propuesta curricular

Alicia de Alba<sup>1</sup>

Todas las doctrinas nuevas encuentran sucesivamente tres actitudes diversas: la primera es el silencio, la segunda consiste en declararlas absurdas y la tercera se caracteriza por la exclamación de sus representantes:”Pero ¡eso es lo que dijimos siempre!

Werner Goldschmidt<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> V. DE ALBA Alicia, Currículum: crisis, mito y perspectivas, 5º ed. (Buenos Aires, 2006) Miño y Dávila, pág. 31.

<sup>2</sup> V. GOLDSCHMIDT Werner, Introducción filosófica al Derecho, 6º ed. (Buenos Aires, 1987) Depalma, cit. pág. XVIII y XIX.

# CAPÍTULO I

## ACERCA DEL DISEÑO NEOCONSTITUCIONAL

Con este trabajo me he propuesto una tarea cuanto menos bifronte y por lo tanto compleja, como es la de indagar en la teoría del currículum y su proyección en la formación de los graduados de las Facultades de Derecho, con el fin de encontrar los fundamentos de validez de las concepciones filosóficas que – a mi criterio - producen y reproducen conocimiento integrado y de esa manera, mejores respuestas a los actuales despliegues jurídicos de la cultura<sup>3</sup> entre las que resalto al Neo Constitucionalismo; con miras a concretar una propuesta de Diseño Curricular integrador y en atención a la necesaria armonización entre las competencias profesionales que la sociedad demanda y la formación que brindan las Facultades de Derecho. De allí las frases de portada, pertenecientes a la pedagoga mejicana Alicia de Alba y el jurista germano argentino Werner Goldschmidt.

---

<sup>3</sup> El ejercicio de la profesión, la magistratura, la administración pública y privada, la docencia, la investigación, la extensión, reclaman la integración del Derecho en *complejidad pura* con otros saberes, como la Educación. Este proyecto sigue ese camino. Sobre el Derecho de la cultura V. CIURO CALDANI M. Filosofía de las ramas del mundo jurídico en Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía social, versión informática de la Facultad de Derecho de la UNR, volumen 21, Rosario, 1992; y DE LA MOTA Carmen y PUIGVERT Gemma, (comp.) sobre el espíritu interdisciplinar de los estudios humanos en La investigación en humanidades, (Madrid, 2009) Biblioteca Nueva, pág. 15 y ss. También sobre Educación Jurídica V. CIURO CALDANI M. las comunicaciones Tarea de la Educación Jurídica de Posgrado en la actual situación nacional y La complejidad en la Educación jurídica de posgrado, publicadas en la página web de la Facultad de Derecho de la UBA [www.derecho.uba.ar/academica/posgrado/espacio\\_virtual/trabajospublicados](http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrado/espacio_virtual/trabajospublicados). y GODSCHMIDT Werner, Introducción filosófica al Derecho, 6º ed. 5ª reimpresión, (Buenos Aires, 1987) Depalma.

La bifrontalidad del abordaje -tan bien representado por Jano<sup>4</sup> en la mitología romana- presupone la intervención de distintos tipos de saberes en la construcción de la ciencia actual<sup>5</sup>, caracterizada por una mayor apertura y re-composición de significados entre todas las disciplinas.

De allí que el punto focal de esta tesis sea epistemológico; buscando explicaciones a la complejidad Derecho - Pedagogía<sup>6</sup>, desde la Filosofía de

---

<sup>4</sup> Divinidad representada con dos caras que miran en sentido opuesto a ambos lados de su perfil. Es protectora de los cambios y las transiciones, los comienzos y los finales, el pasado y el futuro. Su imagen se colocaba sobre las puertas, tanto de entrada como de salida. V. COSMELLI IBÁÑEZ José, Síntesis de historia, (Buenos Aires, 1981), Troquel, pág. 107.

<sup>5</sup> La visión de complejidad facilita la comprensión del mundo actual en el que los conocimientos acumulados por cada disciplina particular, convergen a menudo en un único objeto de análisis. V. DELGADO SUÁREZ Jennifer, El pensamiento complejo: ¿realidad o utopía en la educación post graduada?, en Revista Ibero americana de Educación, noviembre/08, en línea.; ROGER CIURANA Emilio, Edgar Morín, Introducción al pensamiento complejo, (Valladolid, 1997) Universidad de Valladolid; BOURDIEU Pierre, Los usos sociales de la ciencia, trad.de Horacio Pons, (Buenos Aires, 2000) Nueva Visión. FARIÑAS LEON Gloria, Desafíos del currículo en la educación de posgrado y el desarrollo del pensamiento complejo, en Revista de complejidad, ciencia y estética de la Facultad de Psicología de la Universidad de La Habana – digital - Cátedra Vygotski, [www.sintsysy.com/complexus/revista8](http://www.sintsysy.com/complexus/revista8) , 2006. Un esclarecedor despliegue de la complejidad del derecho hacia nuevas fronteras en DAVOBE CARAMUTO María Isolina y PRUNOTTO LABORDE Adolfo (coord.) Derecho de la ancianidad, (Rosario, 2006) Juris.

<sup>6</sup> Desde que la configuración social se convierte en condicionante de humanización, la educación cumple una crucial tarea de socialización. A este proceso suele denominarse genéricamente proceso educativo. Como saber científico se distingue en varios ejes disciplinares: La Pedagogía que se ocupa de la formación de la persona, del proceso educativo, de la transferencia de saberes. La palabra pedagogo proviene del griego y se usaba para nombrar al esclavo encargado de llevar a los niños a la escuela. La Didáctica que es la parte de la Pedagogía que se refiere a los métodos de enseñanza, y pone en práctica la teoría pedagógica, la construye. El Currículo que es uno de los aspectos que integran la Didáctica. Comprende al menos cuatro aspectos: plan de estudios y otros documentos curriculares, actuación en el aula, diseño y evaluación. V. SACRISTÁN Gimeno y PÉREZ GÓMEZ A. I., Comprender y transformar la enseñanza, (Madrid, 2002), Morata, pág. 17 y ss. FRIGERIO Graciela (comp.) Educación: rasgos filosóficos para una identidad, (Buenos Aires, 2002) Santillana, pág. 11 y ss. BALL Stephen, (comp.) trad. de Pablo Manzano, Foucault y la educación, 4º ed. (Madrid, 2001) Morata, pág. 13 y ss. En especial, puede verse un abordaje desde la cultura para un modelo formativo en GIMENO SACRISTÁN José, La educación que aún es posible, (Madrid, 2004) Morata, pág. 9 y ss.

la Ciencia y más precisamente, desde el paradigma filosófico integrativista<sup>7</sup>.

Aunque la cuestión todavía suscita discusiones<sup>8</sup>, adhiero a quienes opinan que es necesario considerar los distintos tipos de saberes que intervienen en la construcción del conocimiento,<sup>9</sup> para superar las fronteras disciplinarias tradicionales particularmente en el campo jurídico, donde el Derecho se presenta frecuentemente reducido a una exclusiva consideración de normas<sup>10</sup>. Por esa razón, considero que el despliegue complejo puede constituir un potente estímulo para el desarrollo de sus ramas,<sup>11</sup> con perspectivas de pluralidad<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> En la definición de Dabove, el Derecho es un fenómeno complejo, constituido por *adjudicaciones*, descriptas por *normas*, que atienden a la realización de la *justicia*. V. DABOVE María Isolina, El funcionamiento del derecho en la teoría trialista, en Introducción al Derecho, coord. Juan José Bentolila, (Buenos Aires, 2009) La Ley, pág. 99. Pueden verse en el mismo artículo, las principales referencias a la teoría trialista, como Goldschmidt y Ciuro Caldani.

<sup>8</sup> Derivadas principalmente del dogmatismo, como un resultado del pensamiento moderno. V. TOUCHARD Jean, Historia de las ideas políticas, 6º ed. trad. de José Pradera, (Madrid, 2006) Tecnos, pág. 199 y ss. En materia jurídica ese dogma expresa que no existe otro derecho que el positivo. V. GONZÁLEZ VICÉN Felipe, La filosofía del derecho como concepto histórico, (Sevilla, 1969) Anuario de Filosofía del Derecho XIV, pág. 15 y ss.

<sup>9</sup> Tomando como referencia lo desarrollado por la Profesora Dra. María Isolina Davobe. V. su artículo El Derecho como complejidad de saberes diversos, en Revista virtual de Bioética y Bioderecho, Volumen 4, 2003.

<sup>10</sup> A los estudiantes de Derecho se los educa según cánones de la Dogmática Jurídica, es decir, se los instruye para que se gradúen como técnicos o expertos en la ley vigente. Para Héctor Sandler, esta formación determina que carezcan de los medios para exponer sobre la *ley debida*, porque esto exige tener en cuenta una serie de elementos sobre los cuales ni siquiera han sido advertidos en sus carreras. Esta carencia es consecuencia del positivismo jurídico que se respira en la actualidad, por el que se identifica plenamente al Derecho con la norma emanada del Estado ya sea a través de la ley o a través de la jurisprudencia. En palabras de Sandler, “en la práctica de la vida, Derecho es lo que el Estado ordena”. V. KLUGER Viviana, Historia del derecho e investigación: una alianza estratégica, en Revista Academia, año 2, número 3, (Buenos Aires, 2004) Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, pág. 223 y ss.

<sup>11</sup> V. CIURO CALDANI Miguel, Comunicación: Importancia de los estudios interdisciplinarios en la enseñanza de las ciencias jurídicas, – Trabajo publicado – en espacio virtual del

Sin embargo, no resulta fácil indagar sobre las prácticas de enseñanza en nuestras Facultades de Derecho cuando se pretende abordarlas desde esta perspectiva<sup>13</sup>.

Los debates sobre el tema se producen en momentos previamente acordados y denominados de *cambio curricular*<sup>14</sup>, en los que la mayoría de las veces se resuelve el destino de objetos materiales o inmateriales - derechos y humanos involucrados - convirtiendo asignaturas antes obligatorias en optativas; aumentando o disminuyendo su carga horaria, o directamente eliminándolas, en un sólo acto –o en varios- que a veces por su dramatismo hasta permiten comparar a sus mentores con sofisticados<sup>15</sup>

---

Departamento de Posgrado, Secretaría Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires [www.derecho.uba.ar](http://www.derecho.uba.ar)

<sup>12</sup> La construcción de una idea plural del Derecho puede ser tomada como punto de partida para la búsqueda de metas más complejas en relación con otros saberes como la Sociología o la Política; así también puede actuar en sentido inverso detectando los reclamos sociales ante respuestas insatisfactorias del Derecho. Para la relación Derecho y Política tomamos como base CIURO CALDANI, Miguel, *Derecho y Política*, (Buenos Aires, 1976) Depalma.

<sup>13</sup> Cuanto más intereses se ponen en juego, es mayor la resistencia.

<sup>14</sup> La Teoría del Currículo comienza su desarrollo a principios del siglo XX. Hasta entonces la planificación institucional se denominaba Plan de Estudios, secuencia rígida, estática de las asignaturas. En la Argentina durante los años 70 se reemplaza el uso del Plan por el de Currículo para resaltar el aspecto flexible y dinámico del objeto a ser enseñado (currículo en acción). El cambio curricular implica una modificación de criterio en el diseño del programa educativo. Tiene su origen en una crisis, entendida como falta de certeza -en términos de Khun- entre lo *que es* y lo *que debiera ser*. Implica en definitiva, un cambio cultural profundo hacia adentro de la institución, porque revisa su identidad. ¿Quiénes enseñan? ¿Quiénes aprenden? ¿Cómo? ¿Para qué? V. SACRISTÁN Gimeno, *La educación que aún es posible*, (Madrid, 2005), Morata, pág. 109. También DE ALBA Alicia, *Curriculum: crisis, mitos y perspectivas*, (Madrid, 2006) Miño y Dávila, pág. 19 y ss. Y en especial sobre el marco teórico general V. ZABALZA Miguel A., *Diseño y desarrollo curricular*, (Madrid, 2009) Narcea, pág. 27 y ss.

<sup>15</sup> Refinados, exageradamente finos; en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española vigésima segunda edición, versión en línea [www.rae.es](http://www.rae.es)

verdugos<sup>16</sup> (si es que cabe el adjetivo para semejante tarea) Aunque también corresponde señalar que es en estos contextos de turbulencia<sup>17</sup> donde se justifican y promueven – razonablemente o no - nuevas áreas disciplinares: nuevas asignaturas!

El tan elocuente momento que menciono se suele reducir en definitiva, a una batalla por el “lugar” que ocupa o debería ocupar una rama del derecho – una lucha territorial<sup>18</sup>, imaginaria y simbólica- donde profesores y estudiantes como heroicos caballeros y también doncellas -debo señalarlo<sup>19</sup> - pretenden *posicionarla*; sin referirse a perspectivas jus filosóficas que justifiquen la posición pretendida, como una parte del todo<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> El oficio más infame que inventó la humanidad. Si bien sus orígenes se pierden en el tiempo, durante la Edad Media indicaba a la persona que tenía a su cargo las ejecuciones públicas por orden del Señor Feudal. V. VERDON Jean, Sombras y luces de la edad media, trad. de Silvia Kot, (Buenos Aires, 2006), El Ateneo, pág. 195.

<sup>17</sup> La anarquía puede ser valiosa. A veces el orden existente necesita cambios. V. FERNÁNDEZ Lidia M., *Instituciones educativas. Dinámicas institucionales en situaciones críticas*, 6ª reimpression, (Buenos Aires, 2005) Paidós, pág. 53 y ss.

<sup>18</sup> Actualmente la Geografía considera que el territorio va más allá de la simple delimitación física.. Lo define como un sistema activo que comprende personas, suelos, culturas. Como tal, es primera referencia para el desarrollo y una unidad de intervención continua y abierta a muchas influencias. El territorio encarna una concepción particular desde donde se construyen modelos y donde circulan los saberes a través de encrucijadas, relevos, vías. Visto así, se transforma en laboratorio vivo para los territorios del mañana. “Fundar, localizar, deslocalizar, circular, desplegar redes, siempre han sido canales de una historia espacial de saberes” V. STRAUSS Anselmo, Bases de la investigación cualitativa, (Medellín, 2002) Universidad de Antioquía, pág. 10.

<sup>19</sup> Sobre la necesidad de reafirmar la identidad de género, nos parece interesante el artículo de ALEGRE Marcelo, ¿Quién le teme a la igualdad? V. en ALEGRE Marcelo y GARGARELLA Roberto (coord.) *El Derecho a la igualdad*, (Buenos Aires, 2007) Lexis Nexis, pág. 61.

<sup>20</sup> Siguiendo las ideas de CIURO CALDANI M.A. en *Las partes y el todo en la teoría trialista del mundo jurídico*, en Dos filosofías del derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio, (Rosario, 2007) Fundación para las investigaciones jurídicas, pág. 37.

En esas contiendas - si se las puede llamar así<sup>21</sup> - me ha tocado participar con frecuencia<sup>22</sup> observando que al final de ellas, en el instante *definitivo*<sup>23</sup> podríamos decir, agotados los debates y discursos que en ocasiones se extienden por meses, el diseño curricular se mantiene sin mayores cambios, aún frente a las transformaciones que se van produciendo a nivel mundial y que en estos últimos años no han sido pocas.

Basta con citar - a modo de ejemplo - las novedades en materia de derechos humanos, comunicaciones, información, genética, poder estatal, género; y que tienen especial relevancia para el derecho por sus despliegues en lo familiar, contractual, tributario, penal, procesal, político, universal.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Dado que en algunos diccionarios como el de la Real Academia Española se definen como enfrentamientos armados y entonces no se corresponden con los hechos aludidos aquí. V. [www.rae.es](http://www.rae.es)

<sup>22</sup> Como miembro de la Comisión de Auto Evaluación del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la UNNE, Resolución N° 2987 C.D./05, además de las representaciones en las cátedras.

<sup>23</sup> La cursiva se utiliza en este caso para poner de relevancia el momento del desenlace, momento importante porque descomprime la tensión que cuesta la socialización y la pertenencia a los grupos. V. FERNÁNDEZ Lidia, óp. cit. pág. 21.

<sup>24</sup> Esto adquiere significativa importancia para la articulación grado- posgrado, pues es en este último ámbito donde corresponde se desenvuelvan las posibilidades abiertas por la obtención del grado, hacia un mayor nivel en la formación, que debería ser continua y no vista como un “egreso” V. CIURO CALDANI Miguel Ángel, El trialismo y la crisis de la razón tribunalicia en la postmodernidad, en Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía social de la Facultad de Derecho de la UNR, versión informática, volumen 28, 1997. También su Panorama General de los recursos para promover en los alumnos la formación para la investigación en las materias de Derecho Positivo, en Revista del Centro de Investigaciones, versión informática, volumen 20, 1995. También con respecto a las posiciones filosóficas sobre la vida y la ética, sus Líneas histórico filosóficas para la comprensión de la Bioética y el Bioderecho, en Revista de Bioética y Bioderecho, versión informática, volumen 3, 1998, y sobre la controversia Estados nacionales- Estados globales, V. su comunicación Filosofía de la estatalidad actual, en XV Jornadas argentinas de filosofía jurídica y social, publicadas por el Centro de Filosofía Jurídica y Filosofía social en [www.centrodefilosofia.org.ar/documentos](http://www.centrodefilosofia.org.ar/documentos)

Comencé a prestar particular atención a estos movimientos de *cambio curricular*, motivada por una antigua preocupación acerca de lo que hay detrás de las meras apariencias. A lo que se sumó la percepción cada vez más intensa de cierta disconformidad colectiva respecto a nuestras prácticas de enseñanza<sup>25</sup>.

Particularmente, las críticas se refieren a la orientación abstracta de la formación jurídica, memorística y desvinculada de los problemas reales de la vida<sup>26</sup>.

Resalto en este punto, la labor de la Reunión Permanente de Decanos de Facultades de Derecho de las Universidades Nacionales<sup>27</sup> que incorporó en su agenda el debate de conceptos como el de currículum; y que continua como principal tema de las sucesivas agendas de las Reuniones, hasta este momento.

Las dificultades que se producen en el interior de las Universidades al momento de reflexionar sobre el currículum no son menores. Tanto es así,

---

<sup>25</sup> V. FRACCHIA Eduardo, Apuntes para una Filosofía de la resistencia, (Buenos Aires, 1997) Editorial de la UNNE, pág. 1 y ss. V. CARLINO Paula, Escribir, leer y aprender en a Universidad, (Buenos Aires, 2005) Fondo de Cultura Económica, pág. 9. V. PÉREZ LINDO Augusto, Gestión del conocimiento, (Buenos Aires, 2005) Norma, pág. 17. V. FRIGERIO GRACIELA, POGGI MARGARITA y otros, Las instituciones educativas, cara y ceca, (Buenos Aires, 2006) pág. 166. V. ROMERO Francisco, Culturicidio. Historia de la Educación argentina 1966-2004 (Resistencia, 2004) Librería de la Paz, pág. 150. V. ETCHEVERRY Guillermo, La tragedia educativa, (Buenos Aires, 2004) Fondo de cultura económica, pág. 7. ALTERINI Atilio, La Universidad Pública en un Proyecto de Nación, (Buenos Aires, 2006) La Ley, pág., 2.

<sup>26</sup> V. BATES HIDALGO Luis, Enseñanza de la Práctica Profesional en ambiente académico. Algunas implicancias, disponible en [www.linch-abogados.com.ar/PEA/Docs/Bat](http://www.linch-abogados.com.ar/PEA/Docs/Bat) (30-06-2011)

<sup>27</sup> Órgano deliberativo de cooperación interuniversitaria creado el 2 de junio de 1992, con el objetivo de acordar medidas tendientes a uniformar respuestas frente a problemas comunes y coordinar esfuerzos para el enriquecimiento de las políticas académicas y el mejoramiento de la calidad de la enseñanza y la investigación en Ciencias Jurídicas.

que en ciertas ocasiones violar los marcos preestablecidos, podría acarrear a sus autores el peligro de ser desmembrado; y aún algo que puede ser peor, derivarlo hacia una posición de solitario, de extranjero en su propio entorno, como *l' étranger*<sup>28</sup> de Albert Camus y más recientemente el *zoquete* de Daniel Pennac<sup>29</sup>:

Fue al calor de estas y otras reflexiones - tal vez por su truculencia<sup>30</sup> - que comencé a buscar respuestas a interrogantes como éstos:

- ¿Cuáles son los nuevos problemas que enfrenta el Derecho?
- ¿Se reflejan en el currículum de nuestras Facultades?
- ¿Qué formación demanda la sociedad a nuestros graduados?

---

<sup>28</sup> Una de las novelas más conocidas del escritor y filósofo francés nacido en Argelia y premiado con el Nobel de literatura en 1957. Publicada en 1942, tiene como protagonista a Monsieur Meursault un sujeto incapaz de expresar sus sentimientos, apático e indiferente a la realidad, que comete un homicidio y no muestra arrepentimiento ni lástima. Se muestra escéptico, con un sentido aburrido de la existencia, indiferente ante la muerte, aún la de su madre. Refleja una sociedad angustiada, frágil, degradada, escéptica. Desde lo que denomina “filosofía del absurdo”, Camus presenta a la vida como un conjunto de repeticiones vacías de significado que se realizan por costumbre, tradición e inercia, sin causa o porqué. Las visiones absurdistas tuvieron ambiente social propicio en la devastada Francia después de la Segunda Guerra Mundial.

<sup>29</sup> Desde otro lugar de solitario, Pennac analiza la figura del *zoquete* en un Instituto de París. Este pedagogo francés nacido en Marruecos explica desde su propia experiencia los sentimientos de angustia que invaden al *mal alumno*, que convierte sus dificultades de aprendizaje en sentimientos de auto exclusión, exacerbados por la sociedad de consumo. V. PENNAC Daniel, *Mal de escuela*, trad. de Manuel Serrat Crespo, (Barcelona, 2008) Mondadori.

<sup>30</sup> El adjetivo es superlativo. Califica hechos extremadamente atroces o crueles, que asustan por su morbosidad. Diccionario de la Lengua española, óp. cit. [www.rae.es](http://www.rae.es)

- ¿Qué concepción/es jurídicas filosóficas buscan explicaciones integrando saberes?

- ¿Cómo construir un diseño curricular integrador?

A esta altura, es necesario reconocer que la investigación en educación jurídica se encuentra en franca expansión y se han producido abundantes trabajos sobre pedagogía y currículum,<sup>31</sup> Sin embargo, el aporte que propongo me parece novedoso por su anclaje en las concepciones jurídicas filosóficas seleccionadas y sus implicancias formativas en el diseño curricular.

Hasta donde tengo conocimiento, el tema no ha sido abordado aún con esta perspectiva<sup>32</sup>. Las investigaciones encontradas focalizan el problema desde las teorías sociológicas, desarrollando el marco conceptual a partir de las ideas de sociólogos de la educación como Basil Bernstein y Jeffrey Alexander, sociólogos del derecho como Renato Treves y Gian Doménico Romagnosi; y representantes de la Critical Legal Studies como Duncan Kennedy<sup>33</sup>.

Con esta mirada, las investigaciones señaladas se concentra en el discurso jurídico re contextualizado en las aulas y su impacto en la formación de la

---

<sup>31</sup> Como la tesis doctoral de PEZZETTA Silvia, "La Enseñanza del derecho: Código Educativo y Conciencia Jurídica. El caso de la Facultad de Derecho de la UNR". También V. LISTA Carlos y BRÍGIDO Ana María, "La Enseñanza del Derecho y la formación de la conciencia jurídica" (Córdoba, 2002) Sima Editora.

<sup>32</sup> Independientemente del grado de aceptación que el enfoque integrador pueda tener en las distintas cátedras y/o departamentos.

<sup>33</sup> En especial, puede V. su artículo La educación legal como preparación para la jerarquía, en Revista Academia, Año 2, Número 3, 2004, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, pág. 117.

conciencia estudiantil<sup>34</sup>. Arrojan una mirada sociológica sobre procesos pedagógicos, con el telón de fondo de la sociología del conocimiento y nutriéndose del conocimiento socio jurídico y pedagógico, con el objetivo de determinar la influencia de la estructura social sobre la formación de la conciencia jurídica<sup>35</sup>.

Los argumentos citados precedentemente dan cuenta entonces, que el punto central de ese enfoque es el currículum en el aula, es decir, su puesta en práctica, o su experiencia existencial, como fenómeno que tiene lugar entre profesores y alumnos, contenidos y medios<sup>36</sup>.

Sin embargo, desde la perspectiva que propongo, la investigación se focaliza antes, en la fase del *diseño del currículum*, entendido éste como proyecto receptor de los intereses y del plan de acción<sup>37</sup> y marco referencial para definir y organizar el trabajo docente.

Visto de esta manera, el currículum transforma las expectativas sociales en programas y representa al mismo tiempo, el modo como la Universidad y su Unidad Académica – en una coyuntura dada - responde a tales

---

<sup>34</sup> V. PEZZETTA Silvina, óp. cit. pág. 7, 8 y 9.

<sup>35</sup> V. CARDINAUX Nancy, Informe bibliográfico sobre La enseñanza del Derecho y la formación de la conciencia jurídica de Carlos Lista y Ana María Brígido, en Revista Academia, óp. cit. pág. 303.

<sup>36</sup> V. ESCUDERO MUÑOZ Juan, Diseño, desarrollo e innovación del currículum, (Madrid, 2006) Síntesis, pág. 29 y ss.

<sup>37</sup> La dificultad principal de la teoría curricular es ser entendida como un problema doble: el de la relación entre teoría y práctica, por un lado; y el de la relación entre educación y sociedad, por otro. V. LUNDGREN Alf, Teoría del currículum y escolarización, (Madrid, 1997) Morata, pág. 70.

expectativas. Parte de la enseñanza como profesión, caracterizada por la investigación – acción<sup>38</sup>.

Finalmente, dos aclaraciones que contribuyen a sostener la elección de este abordaje: la necesidad de cambiar la ubicación del investigador jurídico tradicional<sup>39</sup>, orientando la tarea investigativa hacia la formación de grado; y el carácter siempre restringido<sup>40</sup> de toda investigación, en particular la curricular; que por su amplitud exige recortes muy precisos y por la misma razón, ofrece múltiples posibilidades de indagación<sup>41</sup>.

En atención a ello la obra describe las tensiones que se ponen en juego<sup>42</sup> a través de las concepción elegida: (*¿qué enseñamos?*) y se orienta a la comprensión del Derecho como saber integrado y complejo, al fin,

---

<sup>38</sup> V. DÍAZ BARRIGA Ángel, Ensayos sobre la problemática curricular, (México D.F. 1990) Trillas, pág. 7 y ss. También CARR Wifred y KEMMIS Stephen, Teoría crítica de la Enseñanza, trad. de J. Bravo, (Barcelona, 1988) Martínez Roca, pág. 19 y ss.

<sup>39</sup> V. DE ALBA Alicia, Curriculum: crisis, mito y perspectiva, (Madrid, 2006) Miño y Dávila; BROVELLI Marta S., Nuevos/viejos roles en la gestión educativa, (Rosario, 2001) Homo Sapiens; FERNÁNDEZ Lidia M., Instituciones educativas, 6º reimp., (Buenos Aires, 2005) Paidós.

<sup>40</sup> Si bien las intenciones y el plan de acción que se establecen en el currículum, se plasman en último término, en una determinada práctica pedagógica, es necesario distinguir que en sentido general, éste incluye tanto el proyecto como su puesta en práctica. Esta propuesta diferencia las dos fases, reservando el término diseño curricular para el proyecto que recoge las intenciones y el plan de acción; y el de Desarrollo curricular para el proceso de puesta en práctica: programa y programación de asignaturas. En la literatura curricular internacional, se diferencia entre *currículum development* y *currículum implementation*. V. ZABALZA Miguel, Diseño y desarrollo curricular, (Madrid, 2009) Narcea, pág. XIII.

<sup>41</sup> V. ÁGUEDA Benito, Investigar en Docencia, en *Nuevas claves para la docencia universitaria en el espacio europeo de Educación Superior*, Águeda Benito y Ana Cruz, coord. (Madrid, 2005) Narcea, pág., 125.

<sup>42</sup> El currículum se abre así como un campo problemático del cual surgen líneas de análisis distintas, se perfilan objetos de organización variados, surgen tramas complejas en las cuales se gestan sujetos, se los recorta, se los reprime o se habilita su desarrollo. V. DE ALBA, Alicia, *op. cit.*, pág. 12 y ss. También en ALCALA María Teresa y otras, Concepciones sobre conocimiento de profesores y propuestas de enseñanza en la formación docente de nivel superior, disponible en [www.unam.edu.ar](http://www.unam.edu.ar) (16-06.2010)

universal: (*¿para qué enseñamos?*). El primer aspecto indaga desde la pregunta filosófica; el segundo, desde la pregunta pedagógica. Así, ambos traban interesantes relaciones en las que a veces prima más la parte que el conjunto y otras; el conjunto se impone a la parte.

Me siento invitada a indagar – sabiendo que ningún conocimiento es neutro y que toda teoría es un modo de construir el objeto y su autonomía según intereses<sup>43</sup> - en el Neo constitucionalismo porque estimo se trata de la postura *jus* filosófica más reconocida en el mundo jurídico actual, sin que implique incluir más adelante a otras corrientes<sup>44</sup> que me movilizan, como las renovadas posiciones del *jus* naturalismo mediante el razonamiento por principios y del *jus* positivismo a través del positivismo incluyente; para valorar sus posibilidades de inserción en un diseño curricular integrador.

En síntesis: el marco teórico que sustenta esta obra, me permite sostener que:

---

<sup>43</sup> Puesto que todo saber responde a intereses vitales de poder; y la vida misma es, en la expresión de Miguel Ángel Ciuro Caldani, una puja de intereses. Los modelos responden a intereses, de allí la dificultad para moverlos/removerlos. (De los apuntes tomados en la clase del 09-05-08). También puede V. CIURO CALDANI Miguel Ángel, Nuevas reflexiones sobre la complejidad de las autonomías jurídicas, en Introducción al Derecho, Juan José Bentolila, coord., óp., cit., pág., 151.

<sup>44</sup> Es importante superar la tendencia a asumir una única óptica analítica desvalorizando las demás. Esta situación se vincula directamente con asumir tendencias y metodologías en el campo del currículum más como modas que como alternativas consistentes. V. DE ALBA Alicia, óp. cit. pág. 31.

▪ Los procesos de deliberación crítica<sup>45</sup> acerca de las finalidades formativas que la sociedad encomienda a las Facultades de Derecho,<sup>46</sup> son necesarios para buscar las respuestas jurídicas y vitales<sup>47</sup> que aportan las concepciones jus filosóficas del currículo<sup>48</sup> en la resolución de los interrogantes que se plantean actualmente para la humanidad; y en directa relación con lo que estas concepciones brindan para la realización de la justicia<sup>49</sup> y en atención a la exclusividad que tienen los abogados para representar y patrocinar a las personas, intermediando en su identidad cuando existe un conflicto que exige su participación. La investigación y la innovación cumplen un papel central en este proceso<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> V. DE ALBA Alicia, Espacio editorial de polifonía y contacto en la región latinoamericana, Presentación de la edición especial de la Revista de la Escuela de Ciencias de la Educación, año 5, N° 4, (Rosario, 2009) Laborde, pág., 9.

<sup>46</sup> V. CIURO CALDANI Miguel Ángel, Tarea de la Educación Jurídica de postgrado en la actual situación nacional; y también La complejidad de la educación jurídica de postgrado, Comunicaciones publicadas en el sitio web de la Facultad de Derecho de la UBA y disponibles en [www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/esp\\_virtual\\_tarea\\_edu\\_juridica\\_ciuro.p](http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/esp_virtual_tarea_edu_juridica_ciuro.p) (28-05-2009)

<sup>47</sup> V. CIURO CALDANI Miguel Ángel, Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas, en Investigación y Docencia, N° 37, re edición inalterada de la versión publicada en 1976, disponible en [www.repositorio.der.unicen.edu.ar8080/xmlui2/bistream/handle123456789/472/aportes](http://www.repositorio.der.unicen.edu.ar8080/xmlui2/bistream/handle123456789/472/aportes) (20-12-2010). También en Veintidós años después: La teoría de las respuestas jurídicas y vitales y la problemática bioética en la postmodernidad, en Bioética y Bio derecho, N° 3, pág., 83, disponible en [www.repositorio.der.unicen.edu.ar8080/xmlui2/bistream/handle123456789/35](http://www.repositorio.der.unicen.edu.ar8080/xmlui2/bistream/handle123456789/35) (04-01-2011)

<sup>48</sup> V. BROVELLI Marta Susana, Los cambios curriculares... óp., cit., pág., 29.

<sup>49</sup> V. CIURO CALDANI Miguel Ángel, Perspectiva trialista de la axiología jurídica, en Introducción al Derecho, Juan José Bentolila, coord., (Buenos Aires, 2009) La Ley, pág., 151.

<sup>50</sup> V. BROVELLI Marta Susana, Los cambios curriculares..., óp., cit., pág., 38.

▪ Las perspectiva de complejidad<sup>51</sup> e integralidad del mundo jurídico<sup>52</sup> y de éste, en el mundo de la cultura, permiten la reflexión sobre las concepciones del derecho en su temporalidad<sup>53</sup>, evitando empantanarse en el presente en una especie de agnosticismo cultural<sup>54</sup>; y demuestran que la historia del devenir de las ideas y su relación con el contexto en todos sus aspectos - desde el Derecho hasta el Arte<sup>55</sup> - no tienen un significado ornamental; sino por el contrario, posibilitan un diálogo, plural, siempre interesante, entre las diversas fuentes del Derecho<sup>56</sup>.

▪ El método trialista del mundo jurídico expuesto por Werner Goldschmidt<sup>57</sup> con su enfoque del objeto jurídico desde una perspectiva

---

<sup>51</sup> V. MORIN Edgar, Introducción al pensamiento complejo, edición en línea, trad. de Marcelo Pakman, (1994) disponible en [www.pensamientocomplejo.com.ar/docs/files/MorinEdgar\\_introduccion-al-pensamiento-complejo\\_Parte.pdf](http://www.pensamientocomplejo.com.ar/docs/files/MorinEdgar_introduccion-al-pensamiento-complejo_Parte.pdf) (01-02-2010).

<sup>52</sup> V. GOLDSCHMIDT Werner, Introducción filosófica al Derecho, 6° ed., 5° reimp., (Buenos Aires, 1987) Depalma, pág., XVII.

<sup>53</sup> V. CIURO CALDANI Miguel Ángel, La temporalidad y el Derecho Civil, en Revista del Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNR, N° 4, (Rosario, 2000) disponible en [www.cideci.org/revista/index.php/trabajos/article/viewFile/32/59](http://www.cideci.org/revista/index.php/trabajos/article/viewFile/32/59) (10-03-2011) Más recientemente el autor reflexiona acerca de la dinámica jurídica argentina en una nueva era (¿cómo construir la temporalidad jurídica argentina?) en su obra Estudios Jurídicos del Bicentenario, (Rosario, 2010) UNR Editora, pág., 91.

<sup>54</sup> V. PÉRZ LUÑO Antonio, La filosofía del derecho en perspectiva histórica. Estudios conmemorativos del 65 aniversario del autor. Homenaje de la Facultad de Derecho y del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, Rafael González Tablas Sastre coord., (Sevilla, 2009) Universidad de Sevilla, pág., 23.

<sup>55</sup> V. STOLLEIS Michael, La Historia del Derecho como obra de arte, trad. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, (Granada, 2009) Comares. pág., 6. También del mismo autor puede V. El ojo de la ley, historia de una metáfora, (Madrid, 2010) Marcial Pons.

<sup>56</sup> V. NICOLAU Noemí Lidia, El derecho contractual frente al plurijuridismo, la integración y la globalización, en El Derecho Internacional Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani. Atilio Alterini y Noemí Nicolau, Dir., Carlos Hernández, coord., (Buenos Aires, 2005) La Ley, pág., 423 y ss.

<sup>57</sup> V. GOLDSCHMIDT Werner, Introducción filosófica al Derecho, La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes, 6° ed., (Buenos Aires, 1996) Depalma, pág., 18.

integrativista, interdisciplinar, constructivista, amplia y compleja<sup>58</sup>, contribuye a desenmascarar los intereses que se esconden detrás de las normas y del cuerpo de ideas que conforman la ciencia tradicional<sup>59</sup>, al considerar en su versión más actual, que el mundo jurídico ha de ser construido mediante una integración (no yuxtaposición) en complejidad pura, de repartos de potencia e impotencia (dimensión sociológica) captados normativamente (dimensión normológica) y valorados por un complejo que culmina en la justicia (dimensión dikelógica)<sup>60</sup>; los que están en sintonía con los núcleos organizadores empleados en la obra para el diseño del marco curricular en perspectiva neo constitucional. El trialismo aspira de este modo, a constituirse en método para validar otra teoría, en este caso, el neo constitucionalismo.

Los núcleos a desarrollar como soporte del diseño curricular, son: a) el núcleo histórico – epistemológico, que está destinado a la formación teórica y epistemológica para la comprensión del Derecho en su temporalidad; b) el núcleo socio – jurídico, que está destinado a la formación en el

---

<sup>58</sup> V. PERUGINI ZANETTI Alicia, Werner Goldschmidt (1910-1987) en Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio, Miguel Ángel Ciuro Caldani, coord., (Rosario, 2007) Fundación para las investigaciones jurídicas, pág., 67.

<sup>59</sup> V. CIURO CALDANI Miguel Ángel, Metodología Dikelógica, 2° ed., (inalterada) (Rosario, 2007) Fundación para las investigaciones jurídicas, pág., 9, nota 1. También del mismo autor, puede V. Metodología jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho, (Rosario, 2007) Zeus; Derecho y Política. El continente político del Derecho. Elementos básicos de una filosofía política trialista, (Buenos Aires, 1976) Depalma.

<sup>60</sup> V. CIURO CALDANI Miguel Ángel, Metodología jurídica...óp., cit., pág., 17 y ss.. También del mismo autor, pueden V. Los límites de los repartos, y Ubicación de la justicia en el mundo del valor (el asalto al valor justicia), en Introducción al Derecho, (Buenos Aires, 2009) La Ley, pág., 65; También sus reflexiones en Estudios jurídicos del Bicentenario, (Rosario, 2010) C.I.F.J.F.S. UNR Editora.

conocimiento de las estructuras sociales para la comprensión de los despliegues económicos, culturales, políticos, religiosos, ambientales, etc., que impactan en el objeto jurídico en su temporalidad. c) el núcleo antropológico jurídico, que está destinado a la formación plena de la personalidad, en su temporalidad y como constructo significativo del desarrollo de la vida.

## CAPÍTULO II

### A) Núcleo histórico – epistemológico: su fundamentación

Destinado a la formación histórica y epistemológica para la comprensión del paradigma neo constitucional.

Enfoca la tensión Universidad – Ciencia, en la búsqueda del *Qué* del Derecho.

Este Núcleo tiene como objetivos: ▪ *Describir* el recorrido teórico que atraviesa el diseño neo constitucional desde sus antecedentes en la segunda postguerra mundial, hasta su versión más actual como modelo jurídico del Estado constitucional de Derecho ▪ *Dar cuenta* de la singularidad del núcleo teórico neo constitucional para su comprensión como modelo jurídico de tutela del Estado Constitucional Democrático, sustentado en la necesaria relación entre Derecho y Moral.

El término requiere en primer lugar de un abordaje de su significado, al que sus referentes relacionan con al menos tres posibilidades distintas, aunque inter conectadas: la teoría, la ideología y el método del derecho.

Sus supuestos descansan en el carácter jurídico de las Constituciones, entendidas como grandes normas jurídicas de aplicación directa.

Se describen en perspectiva histórica, las transformaciones de los ordenamientos jurídicos en su tránsito del Estado Liberal Clásico al Estado Neo constitucional, con la marca señera de los textos constitucionales de la segunda postguerra y de la década del setenta en su segunda etapa; que se concretan mediante el activismo de los Tribunales Constitucionales.

Se destacan los cambios en los contenidos de los textos constitucionales que conllevan importantes transformaciones en el papel desempeñado por la Constitución sobre el conjunto del ordenamiento; y que van acompañados de cambios institucionales, como el complejo de restricciones y libertades de legisladores y jueces en resguardo de los derechos fundamentales.

En el desarrollo teórico se exponen desde las ideas precursoras de G. Sartori, N. Mateucci y R. Guastini a las más actuales de C. Nino, G. Zagrebelsky, L. Ferrajoli, M. Barberis y R. Alexy.

En lo metodológico, la riqueza del planteo neo constitucionalista se pone de relieve en dos momentos: en los argumentos de R. Dworkin en su controversia con H. Hart y en la propuesta posterior de R. Alexy; que reformulan, recrean, la antigua polémica jus positivismo versus jus naturalismo, en pos de la separación/ no separación del Derecho y la Moral.

Se desarrolla especialmente la posición de R. Dworkin, quien sin reconocerse jus naturalista, efectuó un ataque frontal contra el positivismo,

representado en sus polémicas con Hart, al proponer un jurista creyente, comprometido con el sistema, capaz de transitar de la moral al derecho y sentirse obligado por ambos. En una teoría integral, diluye las fronteras entre Derecho y Moral y explica que el Derecho no solamente contiene reglas sino también principios. Los principios dworkianos, son derecho implícito o interpretativo y tienen carácter moral.

También se destaca la posición de R. Alexy acerca de que los supuestos positivistas resultan incompatibles con las características del Estado constitucional democrático. En la misma línea del anterior, tampoco se reconoce jus naturalista, pero plantea la naturaleza doble del derecho desde una posición que denomina no positivista, en la que el derecho abarca tanto una dimensión real o fáctica como una dimensión ideal o crítica. La segunda, está representada por los argumentos de corrección moral. Con respecto a la aplicación de las normas, avanza en la consideración de los conflictos mediante el razonamiento por los principios y su ponderación; distinguiéndolos de las reglas, taxativas y no ponderables.

Este núcleo finaliza indagando en las relaciones entre el neo constitucionalismo, el positivismo y el trialismo. De ellas se advierte que al rechazar la separación del derecho y la moral, el neoconstitucionalismo considera concluida la etapa positivista pero sin aceptar identificarse con el jusnaturalismo, lo que en algún punto parece una vuelta de tuerca: ¿La veneración incondicional que el positivismo decimonónico profesaba a la

Ley ordinaria, podría asimilarse a lo que el neoconstitucionalismo otorga hoy a la Ley Suprema? En cuanto a su relación con el trialismo, se advierten interesantes coincidencias, tanto en la versión original de W. Goldschmidt como en la actual de M. A. Ciuro Caldani.

#### *A.1) Significado y alcances de la expresión*

Neo constitucionalismo, es la denominación utilizada para identificar a una corriente jus filosófica que convoca a una nueva percepción de la Constitución y de su papel en la interpretación jurídica<sup>61</sup>.

La expresión refiere en este debate a un *nuevo constitucionalismo*, término que Mauro Barberis indica como descriptor de al menos tres cosas distintas, aunque conectadas entre sí:

En un primer sentido, muy lato, “constitucionalismo” reenvía al antiguo ideal del gobierno de las leyes, o más bien del

---

<sup>61</sup> V. BARROSO Luis Roberto, El neo constitucionalismo y la constitucionalización del derecho, el triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil, en biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, disponible en [www.bibliojuridica.org](http://www.bibliojuridica.org) (22-09-2010)

Derecho; en un segundo sentido, más estricto, designa la traducción propia de los siglos XVIII y XIX de este modelo en la idea de Constitución como instrumento para limitar el poder político y en un tercer sentido –estrictísimo, y no del todo adecuado– indica la doctrina del Derecho constitucional.

Puesto que la posición filosófico–jurídica denominada neo constitucionalismo [...] retoma las ideas del constitucionalismo, al menos en los dos primeros sentidos del término, parecen existir razones suficientes para admitir este uso todavía no consolidado de “neo constitucionalismo”<sup>62</sup>

Sastre Ariza<sup>63</sup>, por su parte, sostiene que la doctrina ha consolidado el uso de esa expresión - a la que también asimila la de *constitucionalismo avanzado* y *constitucionalismo de derechos* - para designar el nuevo modelo jurídico que representa el Estado constitucional de Derecho en algunos países europeos, como Italia, Alemania y España.

---

<sup>62</sup> V. BARBERIS Mauro, *Neo constitucionalismo, democracia e imperio de la moral*, trad. de Santiago Sastre Ariza en *Neo constitucionalismo(s)* ed. de Miguel Carbonell, (Madrid, 2009) Trotta, pág. 259 y ss.

<sup>63</sup> V. SASTRE ARIZA Santiago, *Sobre el papel de la ciencia jurídica en el Estado constitucional*, (notas al comentario de Antonio Peña Freyre) en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, disponible en [www.ugr.es](http://www.ugr.es) (25-09-2010)

La peculiaridad de este modelo viene representada por las características o las funciones de estas constituciones que aparecen en la segunda posguerra mundial y que ciertamente, se contraponen al papel que desempeñaban las constituciones en el *constitucionalismo en su versión tradicional o decimonónica*<sup>64</sup>.

Paolo Comanducci<sup>65</sup> analiza los tipos de neo constitucionalismo y los compara con los tipos de positivismo que años atrás desarrolló Norberto Bobbio<sup>66</sup>, considerando ambas teorías concurrentes.

Para ello, parte de un doble significado del término:

Designa en una primera acepción, una teoría y/o una ideología y/o un método de análisis del derecho. En una segunda acepción [...] un modelo constitucional o conjunto de mecanismos normativos e institucionales realizados en un

---

<sup>64</sup> Un profundizado enfoque filosófico histórico de la modernidad que da marco al constitucionalismo liberal, puede V. en CIURO CALDANI Miguel Ángel, *Metodología Jurídica...*, óp. cit. pág. 231.

<sup>65</sup> COMANDUCCI Paolo, profesor italiano de Teoría del Derecho en la Universidad de Génova. Para este trabajo se tienen especialmente en cuenta sus obras: *Razonamiento Jurídico, elementos para un modelo*, (México, 1999) Fontanara, *Formas de (neo) constitucionalismo, un análisis meta teórico*, trad de Miguel Carbonell, en Isonomía, N° 16, abril 2002, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com) (20-09-2010)

<sup>66</sup> BOBBIO Norberto, *Teoría general del derecho*, 2° ed. 5° reimp. trad. de Jorge Guerrero R. (Bogotá, 2005) Temis, pág. 30 y ss.

sistema jurídico político históricamente determinado, que limita los poderes del Estado y/o protege los derechos fundamentales<sup>67</sup>.

Distingue así, un neo constitucionalismo como teoría del derecho, otro como ideología y un tercero, como método de análisis del derecho.

Como teoría del derecho, el modelo se caracteriza por una *constitución invasora*, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas; y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales con respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley.

Como ideología, el neo constitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente del constitucionalismo, al poner en segundo plano la limitación del poder estatal – requisito básico en el modelo tradicional – realzando la función de garantía de los derechos fundamentales por parte de un Estado que ya no es temido ni sospechado porque es un Estado democrático de Derecho.

---

<sup>67</sup> COMANDUCCI Paolo, Formas... óp. cit.

La valoración permanente del proceso de constitucionalización le otorga sentido a la tutela de los derechos fundamentales, por eso puede identificarse como un neo constitucionalismo de *contra poderes*, donde las actividades de legisladores y jueces están encaminadas a concretar esos derechos fundamentales previstos en la Constitución, o lo que podría llamarse - en términos de Comanducci - neo constitucionalismo de las reglas.

Como metodología, el neo constitucionalismo sostiene la conexión necesaria identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral, unidos indisolublemente por los principios constitucionales y los derechos fundamentales.

Para Prieto Sanchís<sup>68</sup> – quien sigue el esquema propuesto por Comanducci - la expresión en estudio se aplica - de un modo un tanto confuso - para aludir a distintos aspectos de lo que se identifica por algunos, como una nueva cultura jurídica:

---

<sup>68</sup> PRIETO SANCHÍS Luis, es profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad española de Castilla La Mancha. Fue decano de las facultades de derecho de Albacete y Toledo. Sus trabajos de investigación están centrados en Teoría del derecho, Derecho Constitucional y Derecho eclesiástico. Entre sus principales obras figuran Constitucionalismo y positivismo (1997) y Ley, principios, derechos (1998) Justicia constitucional y derechos fundamentales (2003)

Creo que son tres las acepciones principales. En primer lugar [...] puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, [...] es también una teoría del derecho, más concretamente, aquella teoría apta para explicar las características de dicho modelo. Finalmente, [...] es la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada<sup>69</sup>

Susana Pozzolo<sup>70</sup>, considera que el neo constitucionalismo se sostiene con argumentaciones que descansan sobre la especificidad de la interpretación constitucional respecto de otros documentos normativos y especialmente, respecto de la ley.

Es decir, se trata de una teoría del Derecho del Estado constitucional referida al ordenamiento constitucional y democrático de Occidente.

---

<sup>69</sup> V. PRIETO SANCHÍS Luis, Constitucionalismo y positivismo, 2º ed. (México, 1999) Fontanara, pág. 49 y ss.

<sup>70</sup> POZZOLO Susana, es profesora de Teoría del Derecho en la Universidad de Génova, entre sus obras más difundidas se encuentra Neo constitucionalismo e positivismo giuridico (Turín, 2001) Giappichelli.

Tal interpretación, como un peculiar modo de acercarse al Derecho, se encuentra en correspondencia directa con una también peculiar configuración del objeto *constitución*, o modelo axiológico de la constitución concebida como norma.

En esta idea, la constitución es el conjunto de reglas jurídicas positivas fundamentales respecto de las demás reglas del conjunto, que pasan a ser constitucionales en razón de su particular contenido; y no por el sujeto redactor del documento:

La adopción de este modelo constitucional se conjuga con el interés principal de la doctrina neo constitucionalista. [...] Ésta se mueve principalmente en la perspectiva de la justificación, a un nivel de lenguaje en el que se considera central la noción de razón para actuar, [...] que justifica un comportamiento<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> V. POZZOLO Susana, Neo constitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional en revista DOXA, 21-II, 1998, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com) ( 10-09-2010)

Juan Carlos Bayón<sup>72</sup> plantea que los derechos básicos o fundamentales se definen a partir de dos rasgos: por el primero son límites para la adopción de políticas públicas sustentadas en la relación costo- beneficio, en atención a que tales derechos resguardan ciertos bienes que deben asegurarse incondicionalmente para cada individuo; por el segundo, constituyen vallas infranqueables para tomar decisiones por la mayoría, delimitando un espacio en el que ella no debe decidir puesto que su resguardo impone una protección para los derechos individuales.

Esta situación es descripta metafóricamente por Dworkin como una carta de triunfo en manos de los individuos,<sup>73</sup> y también al afirmar:

La ley es espada, escudo y amenaza. Insistimos en nuestro salario o nos negamos a pagar la renta [...] todo en nombre de

---

<sup>72</sup> V. BAYÓN Juan Carlos, profesor español de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid. Entre sus obras más difundidas figura La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción, (Madrid, 1991) Centro de Estudios Constitucionales. También ha sido significativo para este trabajo su artículo Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional, en revista Jueces para la democracia, N° 27, 1996, pág. 41, disponible en [www.dialnet.unirioja.es](http://www.dialnet.unirioja.es) (27-09-2010)

<sup>73</sup> V. DWORKIN Ronald, Los derechos en serio, 7ª reedición, trad. de Marta Guastavino, (Barcelona, 2010) Ariel.

lo que nuestro etéreo y abstracto soberano, el derecho, ha decretado<sup>74</sup>.

En el mismo sentido, sostiene García Figueroa<sup>75</sup> que la constitucionalización del ordenamiento jurídico no se ha limitado a transformar el derecho sino que además aboga por un estilo de pensamiento de juristas y teóricos:

De esa constitucionalización del pensamiento ha surgido el neo constitucionalismo<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> V. DWORKIN Ronald, El imperio de la justicia, 1ª ed., 2º reimp., trad. de Claudia Ferrari, (Barcelona, 2005) Gedisa, pág. 11.

<sup>75</sup> GARCÍA FIGUEROA Alfonso, es profesor de filosofía del derecho en la Universidad de Castilla La Mancha. Para este trabajo se considera especialmente lo expresado en su libro Principios y positivismo jurídico, (Madrid, 1998) Centro de estudios políticos y constitucionales.

<sup>76</sup> V. GARCÍA FIGUEROA Alfonso, La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo, en Neo constitucionalismo (s) óp. cit. pág. 159.

Este autor explica además que con la expresión en estudio, los autores se refieren a la doctrina integral que reconstruye el modelo jurídico de los ordenamientos de los Estados constitucionales, con dos propósitos: elevar conclusiones sobre la naturaleza del derecho en un plano conceptual, y/o justificar normativamente ese modelo.

En base a ello distingue un neo constitucionalismo conceptual y otro normativo. El primero define una teoría del derecho, el segundo, una política del derecho.

En esta tesis, el neo constitucionalismo conceptual es anti positivista al cuestionar de algún modo la tesis de separación entre derecho y moral, mientras que el neo constitucionalismo normativo es anti formalista, al oponerse al protagonismo de la ley y a la omnipotencia del Parlamento<sup>77</sup>.

#### *A.2) Supuestos de la nueva versión constitucional*

El neo Constitucionalismo parte del supuesto que la Universidad tiene como misión formar a los futuros juristas en campos temáticos que van más allá de las leyes y los procedimientos, haciéndose cargo de las implicancias morales y políticas que subyacen al derecho constitucional,

---

<sup>77</sup> V. GARCÍA FIGUEROA Alfonso, Criaturas de la moralidad, una aproximación neo constitucionalista al derecho a través de los derechos, (Madrid, 2009) Trotta, pág. 18.

en una circulación mundial de problemas constitucionales y una circulación igualmente planetaria de las correspondientes soluciones. Por eso se habla de una propensión ultra nacional, si no universal, de las funciones de la justicia constitucional<sup>78</sup>.

Miguel Ángel Ciuro Caldani cita como un planteo integrativista afín al tridimensionalismo<sup>79</sup>, las expresiones de uno de sus referentes principales:

La cuestión consiste en saber cual concepto de derecho es correcto o adecuado. Quien desee responder esta pregunta tiene que relacionar tres elementos: el de la legalidad conforme al ordenamiento, el de la eficacia social y el de la corrección material. Quien no conceda ninguna importancia a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social y tan sólo apunte a la corrección material obtiene un concepto de derecho puramente ius natural o ius racional. Llega a un concepto de derecho puramente positivista quien excluya

---

<sup>78</sup> V CARBONELL Miguel y GARCÍA JARAMILLO Leonardo, edit. , Desafíos y retos del canon neo constitucional, en *El canon...*, óp. cit. pág., 12.

<sup>79</sup> V. CIURO CALDANI Miguel Ángel, Aportes jus filosóficos para la comprensión de las condiciones constitucionales de los Estados hispano americanos y de su aptitud para la integración, en *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, 2007, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, disponible en [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx) (04-11-2010)

totalmente la corrección material y apunte sólo a la legalidad conforme al ordenamiento y/o a la eficacia social<sup>80</sup>.

También María Isolina Dabove encuentra coincidencias entre la teoría trialista de Goldschmidt y la no positivista de Alexy:

Las dos admiten que el mundo jurídico se compone de conducta, norma y justicia, en su estructura básica. Aunque difieren en la forma de referirse a estos componentes y en las categorías de análisis que emplean para su comprensión<sup>81</sup>

Desde esa perspectiva, en la que renace la antigua disputa entre derecho y moral, la corriente tiene como punto de partida la diferenciación entre el

---

<sup>80</sup> V. ALEXY Robert, El concepto y la validez del derecho, trad. de José Seña, 2º ed. (Barcelona, 1997) Gedisa, pág.21.

<sup>81</sup> V. DABOVE María Isolina, NAWOJCZYK Érica y BARBERO Daniel, Werner Goldschmidt y Robert Alexy, corsi e ricorsi del integrativismo jurídico, en Dos filosofías del derecho argentinas anticipatorias, Ciuro Caldani M. A. coord. (Rosario, 2007) Fundación para las investigaciones jurídicas, pág. 49.

pasado y el futuro del Estado de Derecho; y analiza su evolución histórica<sup>82</sup>.

Señala que así como la cultura anglosajona se conformó bajo un sistema constitucional a partir de los siglos XVII y XVIII respectivamente, Europa continental tardó bastante más para organizarse de ese modo<sup>83</sup>, debido especialmente a que junto al fracaso de la Revolución Francesa, las ideas del liberalismo no tuvieron su correlato en el derecho, en el sentido más amplio de su significado:

En gran medida, el fracaso de la Revolución Francesa y su Declaración de los Derechos del Hombre se debió al nulo papel atribuido a los jueces. El poder se concentraba en el legislativo con participación del ejecutivo y exclusión del judicial, lo que hacía imposible el respeto y plena vigencia del Derecho<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> V. FERRAJOLI Luigi, Pasado y futuro del Estado de Derecho, en Neo constitucionalismo(s) óp. cit. pág. 13.

<sup>83</sup> V. MARTÍNEZ ESTAY José Ignacio, El sistema europeo continental de justicia constitucional, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca – Chile – disponible en [www.cecuch.cl](http://www.cecuch.cl) (01-11-2010)

<sup>84</sup> V. CLAVERO Bartolomé, Garantía de derechos: emplazamiento histórico del enunciado constitucional, en Revista de Estudios Públicos, N° 81, (Madrid, 1995) pág. 20.

Y también:

El protagonismo del parlamento francés para efectivizar la operatividad de la Constitución, neutralizaba la obligatoriedad inmediata de la misma y la reducía a un programa que era necesario desarrollar por medio de las leyes<sup>85</sup>

A la Revolución Francesa le sucede el imperio napoleónico y a éste la Restauración, que se caracteriza como una época moderadamente contrarrevolucionaria en buena parte de Europa, todavía imbuida de signos de absolutismo<sup>86</sup>.

La restauración provocó el surgimiento de un nuevo concepto de

---

<sup>85</sup> V. VIGO Rodolfo, La interpretación constitucional, (Buenos Aires, 1993) Abeledo Perrot, pág. 62.

<sup>86</sup> V. TORRES DEL MORAL Antonio, Constitucionalismo histórico español, 6° edición, (Madrid, 2009) Editorial Universidad Complutense. También del mismo autor, Estado de derecho y democracia de partidos, (Madrid, 1991) Editorial Universidad Complutense.

Constitución, que se pretendía puramente legal y que servía para designar cualquier norma que tuviera por objeto la organización del poder, garantizando o no las libertades, función esta última que desaparece del concepto<sup>87</sup>

El poder se vestía con ropajes de apariencia constitucional, rasgo propio de las monarquías constitucionales europeas de entonces, en las que el monarca auto limitaba su poder otorgando una Constitución.

En este marco surge el concepto alemán de *Rechtstaat* o Estado de Derecho durante el siglo XIX.

La voz *Rechtstaat* fue consagrada por Robert von Mohl en 1832, en el marco de las emergentes *monarquías limitadas* de los Estados germánicos<sup>88</sup>

El Estado de Derecho suponía la subsistencia para el poder de la Corona y de su Ejecutivo de determinadas *zonas de inmunidad*<sup>89</sup> frente al derecho:

---

<sup>87</sup> V. ARAGÓN Manuel, Sobre las nociones de supremacía y supra legalidad, Revista de Estudios Políticos del Centro de Estudios políticos y constitucionales del Ministerio de la Presidencia del Gobierno de España, N° 50 (Madrid, 1986), pág. 15.

<sup>88</sup> V. GARRORENA MORALES Ángel, El estado español como estado social y democrático de derecho, (Madrid, 1987) Tecnos, pág. 163.

<sup>89</sup> V. GARCÍA DE ENTRERRÍA Eduardo, Democracia, Ley e inmunidades del poder, (Madrid, 2004) Palestra.

El Rechtstaat no era más que una autolimitación por parte del propio poder estatal, porque las constituciones tenían un carácter revocable y el poder del Estado no estaba constituido por aquélla, sino al revés: el poder precedía histórica y teóricamente a la Constitución que estaba *constituida* por él<sup>90</sup>.

Por lo tanto, conformaban meros actos de tolerancia<sup>91</sup> que podían en todo momento ser alterados o derogados, por mucho que el derecho común hiciera referencia a las libertades y los derechos universales de los hombres<sup>92</sup>.

En pocas palabras, Europa continental no tenía una verdadera vida constitucional, por lo que no conoció la supremacía del derecho frente al

---

<sup>90</sup> V. KRIELE Martín, Introducción a la teoría del Estado, trad. de Eugenio Bulygin, (Buenos Aires, 1980) Depalma, pág. 142.

<sup>91</sup> La tolerancia está expresada en autores como John Milton, John Locke y Pierre Bayle durante los siglos XVI y XVII, culminando con Francois Marie Arouet (Voltaire) y su Tratado de la tolerancia (1763). Logra su formulación definitiva con el liberalismo del siglo XVIII. V. ÁLVAREZ GARDIOL Ariel, Lecciones de epistemología, (Santa Fe, 2004) UNL, pág.78.

<sup>92</sup> V. KRIELE Martín, óp. cit. pág. 157.

poder, a la que todos referimos como la *supremacía constitucional*<sup>93</sup> y que constituye uno de los principios básicos del constitucionalismo clásico:

El individualismo posesivo, con sus postulados de igualdad formal, libertad de circulación de bienes y posibilidad de enriquecimiento ilimitado, premiaba a aquellos que por su ingenio habían sabido acumular la mayor cantidad de bienes. Al ganador no se le pedía virtud [...] sólo sagacidad y respeto por la ley positiva.[...] El capitalismo estranguló de esa forma, al liberalismo que lo había hecho nacer<sup>94</sup>

Sin embargo, podría decirse que las constituciones europeas sí tenían un cierto carácter normativo porque podían ser aplicadas por los jueces<sup>95</sup>, aunque dicho carácter estuviera absolutamente relativizado al carecer la

---

<sup>93</sup> V. VERDUGO MARINKOVIC Mario, Notas sobre el principio de la supremacía constitucional, en Revista del Centro de estudios constitucionales de la Universidad de Taca, Chile, año 2003, disponible en [www.cecoch.cl](http://www.cecoch.cl) (01-11-2010) También puede V. SAGÜES Néstor Pedro, Teoría de la constitución, 1º reimpresión, (Buenos Aires, 2004) Astrea, pág. 7.

<sup>94</sup> V. SÁNCHEZ AGESTA Luis, Principios de teoría política, 3º ed. (Madrid, 1970) Editora Nacional, pág., 239.

<sup>95</sup> V. MARTÍNEZ ESTAY José, óp. cit.

Constitución de supremacía y por lo tanto, enervar la posibilidad de transgresión por el poder.<sup>96</sup>

Un intento de cambio se produce durante la etapa de entre guerras, en el primer tercio del siglo XX, cuando con la Constitución alemana de 1919<sup>97</sup> se procuró superar definitivamente las dificultades que habían impedido en Alemania una auténtica experiencia constitucional.

Pero dicho intento fracasó debido a que en Alemania no existía un acuerdo sobre la base democrática fundamental y un importante sector de la sociedad rechazaba de plano el marco institucional establecido en aquella Constitución<sup>98</sup>

La situación no era muy distinta en el resto de Europa continental, en que la adopción del constitucionalismo se encontró también con la existencia de un frágil acuerdo sobre la democratización, a lo que se agregó además el resurgimiento del positivismo<sup>99</sup>, como resultado - en el plano jurídico - de la obra de Hans Kelsen:

---

<sup>96</sup> V. BIDART CAMPOS Germán, Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino: el derecho constitucional del poder, (Buenos Aires, 1989) Ediar, pág. 36.

<sup>97</sup> La Constitución de Weimar sancionada el 11 de noviembre de 1919 dio origen - junto a la de México de 1917 - al llamado constitucionalismo social y al Estado de bienestar. Mediante ellas, se incluyen en la Constitución escrita los derechos sociales o de segunda generación. V. VANOSSI Jorge, El Estado de Derecho en el constitucionalismo social, (Buenos Aires, 1994) EUDEBA,

<sup>98</sup> V. RUBIO LLORENTE Francisco, Del tribunal de garantías al tribunal constitucional, Revista de Derecho Público N° 16, (Madrid, 1983) pág. 29.

<sup>99</sup> Para profundizar sobre el positivismo y la Teoría Pura del Derecho, V. el Capítulo I de este trabajo sobre Formación jurídica tradicional.

El jurista vienés creyó posible desligar el derecho de toda cuestión valorativa, reduciéndolo a una pura cuestión de formas, presentando el ordenamiento jurídico en forma de pirámide, en cuya base invertida sitúa a la norma estructuradora de dicho ordenamiento: la Constitución. [...] Ésta es por tanto la norma suprema y en tal carácter determinadora de la validez de las restantes normas inferiores que conforman aquél. A su vez, la Constitución deriva su validez, y por tanto su supremacía, de lo que Kelsen denomina norma básica o fundacional, la que da por supuesta<sup>100</sup>

Como las cuestiones valorativas quedan al margen de la teoría positivista, el contenido material de la Constitución resulta indiferente:

---

<sup>100</sup> V. KELSEN Hans, Teoría Pura del Derecho, (México, 1981) Universidad Nacional Autónoma de México.

La teoría kelseniana del Derecho conduce a un absurdo porque las normas jurídicas han de establecerse y asegurarse a sí mismas, o sea que carecen de positividad<sup>101</sup>.

También:

Y es así que como todo el Derecho se funda en la norma fundamental, que es la pura voluntad estatal sometida a formas, se trata de un Derecho sin normatividad<sup>102</sup>

Los postulados de Kelsen no dejan de resultar sorprendentes, sobre todo si se considera que su teoría refiere al derecho como un conjunto de normas.

---

<sup>101</sup> V. LA TORRE Máximo, Derecho y concepto de Derecho, Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea, Revista

<sup>102</sup> V. HELLER Herman, Teoría del Estado, trad. de Luis Tobio, (México, 1971) Fondo de Cultura Económica, pág. 216.

Consideró necesaria la creación de un sistema, que velase por la concordancia entre las normas inferiores del ordenamiento jurídico con la Constitución, y se debe justamente a Kelsen la creación de los tribunales constitucionales, diseñados con ese fin.

Es así que la Constitución austríaca de 1920<sup>103</sup> refleja con nitidez la influencia del pensamiento kelseniano, al punto de ser la primera en consagrar un Tribunal Constitucional:

Kelsen fue [...] experto de la subcomisión de la Comisión constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente que elaboró el texto de la Constitución Federal desde el 11 de julio hasta el 24 de septiembre de 1920.[...] Se puede comprobar la influencia de Kelsen en la redacción textual de la Constitución federal en puntos esenciales<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> El Tribunal constitucional de Austria fue el órgano previsto por la Constitución de 1920 para ejercer el control constitucional de la legislación, garantizar los derechos constitucionales de los ciudadanos y el orden federal. Toda la información sobre su organización, historia y funciones se encuentra disponible en su página web [www.vfgh.gv.at](http://www.vfgh.gv.at) (01-11-2010) . El texto completo de la Constitución de Austria de 1920 puede V. en [www.ces.es](http://www.ces.es) (01-11-2010)

<sup>104</sup> V. OHLINGER Theo, Hans Kelsen y el Derecho constitucional federal austríaco, en Conferencia pronunciada en el marco del Congreso “Las influencias austríacas en la modernización del derecho japonés”, (Viena, 2003) y publicado en la Revista electrónica del Instituto Ibero Americano de Derecho Procesal, disponible en [www.iidpc.org](http://www.iidpc.org) (01-11-2010)

Y también que:

A Kelsen se remonta según narra Adolf Merkl, la formulación del principio de legalidad en el artículo 18 de la Constitución federal<sup>105</sup>

Las ideas de Kelsen influyeron también en cierta medida en la Constitución española de 1931<sup>106</sup>, que adoptó un Tribunal de Garantías Constitucionales.

Bajo la presidencia de Luis Jiménez de Asúa se elabora el texto constitucional que rompe con el modelo tradicional e introduce junto a otras reformas, una fuerte presencia del poder legislativo y el control del

---

<sup>105</sup> V. OHLINGER Theo, óp. cit.

<sup>106</sup> Aprobada por las Cortes constituyentes luego de las elecciones de 1931 que siguieron a la proclamación de la Segunda República. Estuvo vigente hasta el final de la Guerra civil española en 1939, aunque la República española en el exilio continuó reconociendo su vigencia hasta 1977 cuando el proceso denominado de Transición española posibilitó la redacción de una nueva carta constitucional. El texto constitucional puede V. en [www.icsi.berkeley.edu](http://www.icsi.berkeley.edu) (01-11-2010)

Tribunal de garantías, antecedente del actual Tribunal Constitucional<sup>107</sup>.

Sin embargo, la asepsia valorativa del positivismo, en particular la kelseniana, le impidió reconocer que la Constitución no agota el Derecho, y que es necesario contar con un acuerdo mínimo sobre las cuestiones fundamentales:

La doctrina kelseniana conducía en último término, a la identificación de derecho y fuerza; y a la afirmación de que todo Estado es Estado de Derecho<sup>108</sup>

Y también que:

La primacía de la Constitución escrita no la convierte en la

---

<sup>107</sup> V. RALLO LOMBARTI Artemi, El tribunal de garantías constitucionales como tribunal de garantías electorales, en Revista de Estudios políticos del Centro de Estudios políticos y constitucionales del Ministerio de la Presidencia de España, (Nueva época) N° 92, 1996, disponible en [www.cepc.es](http://www.cepc.es) (01-11-2010)

<sup>108</sup> V. HELLER Herman, óp. cit. pág. 239.

última fuente del derecho<sup>109</sup>. Más la Constitución debe su legitimidad al acuerdo en torno a su contenido. Pero ni siquiera el más completo acuerdo es capaz de excluir la posibilidad de una contradicción entre la Constitución y los más altos principios del Derecho como último fundamento de la legitimidad; cuya fuerza vinculante sin embargo, no puede ser constatada por ninguna otra instancia que no sea la conciencia<sup>110</sup>.

De ahí el rotundo fracaso que supuso para el positivismo la convulsión que vivió Europa y en cierto modo el mundo entero entre 1936 y 1945 y que culminó con la finalización de la Segunda guerra mundial.

La traumática experiencia de aquel período histórico llevó a que la inmensa mayoría de los países de Europa occidental se comprometieran con los ideales del constitucionalismo y la democracia.

Con posterioridad a estos hechos, Europa adoptó y adaptó una serie de instituciones del constitucionalismo clásico junto a otras provenientes de

---

<sup>109</sup> V. HESSE Konrad, *Escritos de Derecho constitucional*, 2º ed. trad. de Pedro Cruz Villalón, (Madrid, 1992) Centro de Estudios constitucionales, pág. 22.

<sup>110</sup> V. HESSE Konrad, *óp. cit.* pág. 22.

concepciones positivistas<sup>111</sup>.

La supremacía y el carácter jurídico de la Constitución se tradujeron en la adopción de cláusulas que proclaman su obligatoriedad para todos los poderes públicos, e incluso para los particulares.

Es así que la más emblemática de las constituciones de la segunda posguerra, la Constitución alemana de 1949<sup>112</sup>, consagra su supremacía, juridicidad y directa aplicabilidad.

La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania establece expresamente en su artículo 1.3 que los derechos fundamentales que consagra vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable<sup>113</sup>.

En base a ello la doctrina y jurisprudencia que siguen esta línea se han referido al carácter jurídico de la Constitución<sup>114</sup>, entendiéndola como una gran norma jurídica de aplicación directa.

Ese es el sentido de expresiones como normatividad o valor normativo directo, tan comunes en estos discursos y que se traducen también en la

---

<sup>111</sup> V. MARTÍNEZ ESTAY José, óp. cit.

<sup>112</sup> Se denomina Ley fundamental para la República Federal de Alemania.. No utiliza el término constitución. Está basada en la Constitución de la República de Weimar, aunque otorga mayor autoridad a los gobiernos de los estados federados y limita la del Jefe de Estado.

<sup>113</sup> El texto completo puede V. en [www.constitucion.rediris.es](http://www.constitucion.rediris.es) (02-11-2010)

<sup>114</sup> Así, los artículos 9.1 y 53.1 del texto constitucional español.

conformación de los tribunales constitucionales.

### *A.3) Antecedentes*

El neo constitucionalismo describe y prescribe la transformación experimentada por los ordenamientos jurídicos en su tránsito desde el Estado liberal clásico al Estado constitucional actual.

Es oportuno recordar que la cristalización del positivismo como construcción jus filosófica hegemónica se produce conjuntamente con la consolidación del Estado moderno o liberal clásico: soberanía nacional, separación de poderes, Estado de derecho, codificación, primacía de la ley escrita sobre las otras fuentes, etc.; son muestras de algunas de sus manifestaciones más reconocidas:

No hay sólo un cambio de ideas y teorías jurídicas sino también un cambio en las propias realidades jurídicas[...] Una vez que la positividad de las normas jurídicas del Estado moderno ha asumido de facto la estructura de un ordenamiento normativo de carácter último [...] ya no resulta preciso ir más

allá de tal positividad para explicar el concepto de “Derecho”  
La tesis ontológico monista del positivismo jurídico no hace  
sino levantar acta de la nueva fenomenología normativa del  
Estado de Derecho moderno<sup>115</sup>.

En igual sentido Luis Prieto Sanchís ubica el nacimiento del positivismo:

Tiene una fecha conocida de nacimiento que viene a  
coincidir con un modelo de organización jurídica y política  
bastante preciso, que es el modelo post revolucionario del  
Estado de Derecho basado en un concepto fuerte de soberanía,  
en la separación de poderes, en la codificación, el imperio de  
la ley y la figura del juez autómatas<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> V. VEGA Jesús, Crisis del positivismo jurídico y fundamentación moral del derecho, en Ramos Pascua J. y Rodilla González M. edit., El positivismo jurídico a examen, Estudios en homenaje a José Delgado Pinto, (Salamanca, 2006) Universidad, pág. 968.

<sup>116</sup> V. PRIETO SANCHÍS Luis, Constitucionalismo y positivismo, (México, 1997) Fontamara, pág. 8.

Esta *estatalización del derecho* - que tiene su culminación durante el siglo XIX - es el resultado de un proceso que se venía gestando en la última etapa de la Edad Media donde la poliarquía y el pluralismo jurídico son desplazados por un monismo en el que el Estado nacional resulta titular del monopolio absoluto de la producción jurídica:

La sociedad medieval era una sociedad pluralista en cuanto estaba constituida por una pluralidad de grupos sociales, cada uno de los cuales tenía su propio ordenamiento jurídico [...] Con la formación del Estado moderno la sociedad asume una estructura monista, en el sentido que el Estado concentra en sí todos los poderes; y en primer lugar el de crear Derecho<sup>117</sup>

En palabras de Ferrajoli, el tránsito entre los dos modelos refleja dos experiencias históricas diferentes aunque ambas desarrolladas en el continente europeo:

---

<sup>117</sup> V. BOBBIO Norberto, El positivismo jurídico, trad. de R de Asís y A. Greppi, (Madrid, 1993) Debate. Pág. 45.

El modelo paleo - jus positivista del Estado legislativo de derecho o Estado legal que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica; y el modelo neo jus positivista del Estado constitucional de derecho o Estado constitucional<sup>118</sup>

Sus antecedentes pueden encontrarse en los últimos cincuenta años, a partir del final de la Segunda guerra mundial<sup>119</sup> en los textos constitucionales de Francia (1946) Italia (1947) Alemania (1949) y en una segunda etapa de su evolución en los de Portugal (1976) y España (1978); en coincidencia con la opinión generalizada acerca de que los fundamentos del constitucionalismo clásico estaban en crisis por la obsolescencia del marco histórico político que le dio nacimiento: soberanía estatal absoluta

---

<sup>118</sup> V. FERRAJOLI Luigi, Pasado y futuro del Estado de Derecho, en Carbonell Miguel, ed. Neo constitucionalismo(s), óp. cit. pág. 13.

<sup>119</sup> V. RUBIO LLORENTE Francisco, Constitucionalismo, en Temas de Derecho Constitucional, tomo I, Miguel Aragón coord. (Madrid, 2001) Civitas. También CARBONELL Miguel, Nuevos tiempos para el constitucionalismo, en Neo constitucionalismo (s), óp. cit. pág. 9.

*versus* globalización, monopolio estatal de la producción jurídica *versus* normas transnacionales, entre otras<sup>120</sup>.

Ciertamente, el fenómeno de la constitucionalización afecta a todas las grandes democracias occidentales, con la única y parcial excepción de Inglaterra. Es conocido, por ejemplo, el papel central desempeñado por el Tribunal Supremo en el sistema jurídico-político estadounidense: papel que explica por qué la tesis del jurista Dworkin como las del filósofo John Rawls se resuelven cada vez más en argumentos que se dirigen a los tribunales.

El positivismo decimonónico – partidario del Estado de Derecho legislativo, y opuesto al Estado constitucional tendía a reducir la Constitución a un simple límite a la legislación ordinaria; el mismo Kelsen, a pesar de ser el creador del Tribunal Constitucional austriaco, fue siempre muy reacio a la inserción de disposiciones de *principios* en la Constitución, con el temor de que el Tribunal, al sobre interpretarlas, acabase por expropiar a los Parlamentos democráticamente elegidos parte de su poder legislativo (cita nro.11)

Esta idea de que las constituciones tienen su materia principal en un orden de valores del que son una derivación y al que traducen como derecho

---

<sup>120</sup> V. CONTRERAS Francisco, El debate sobre la superación del positivismo jurídico, en Crónica jurídica hispalense, N° 5, 2007, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, disponible en [www.dialnet.unirioja.es](http://www.dialnet.unirioja.es) (29-09-2010)

supremo, encuentra antecedentes significativos a partir de los años cincuenta del siglo XX en la doctrina y la jurisprudencia constitucionales alemanas.

Allí, la idea del Estado de Derecho surge a mediados del siglo XIX - con autores como Friedrich Stahl y Otto Mayer – vinculada a determinaciones más formales que materiales, que con posterioridad se desarrollaron mediante el conocido activismo del Tribunal Constitucional.

Así por ejemplo, el comentario que en 1958 escribe Gunter Durig al artículo 1º de la Ley Fundamental de Bonn<sup>121</sup> y la sentencia que en ese mismo año se pronuncia en los tribunales alemanes por el caso Luth<sup>122</sup>.

Gunter Durig sostiene que la asunción del valor moral de la dignidad humana en la constitución positiva, la convierte al mismo tiempo en jurídica, de manera tal que esa consideración jurídica (reconocidamente difícil pero no inusual) es mandato jurídico positivo.

Un valor así, existe por sí mismo y atribuye por sí sólo a las personas, al margen de cualquier juicio o transacción, una propiedad moral

---

<sup>121</sup> Nombre de la constitución promulgada el 23 de mayo de 1949 para Alemania Occidental o República Federal de Alemania.

<sup>122</sup> LEPSIUS Oliver, El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del derecho político de la República Federal, trad. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, (Baden-Baden, 2003) Nomos, en revista Historia constitucional, N° 9, 2008, disponible en [www.hcrediris.es](http://www.hcrediris.es) (28-09-2010) También acerca del aporte de la doctrina alemana y en especial del autor citado, puede V. en CRUZ Luis M, La constitución como orden de valores. Un estudio sobre los orígenes del neo constitucionalismo, (Granada, 2005) Comares.

irrenunciable e imposible de soslayar. De esta postura derivará luego el efecto horizontal de los derechos fundamentales por obra de la sentencia del caso Luht<sup>123</sup>.

En opinión de Durig, el texto de la norma comentada se desarrolla en base a dos principios básicos: libertad e igualdad, que funcionan como *lex generalis* con relación a los demás derechos, establecidos bajo la forma de concretas normas constitucionales positivas.

### *A.3.1) Los tribunales constitucionales*

La expansión de los tribunales constitucionales (a raíz de los aportes de la teoría de Kelsen en el intermedio entre las guerras mundiales) que se produjo primero en el continente europeo y luego en el resto del mundo, consagró un nuevo Derecho Constitucional y una nueva manera de hacer el

---

<sup>123</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 1958, por la que se establece que el Tribunal constitucional juzga el efecto de irradiación de los derechos fundamentales en el derecho civil, haciendo valer en el caso, el contenido axiológico de los principios constitucionales. Puede V. en STARCK Christian, Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios, texto abreviado por el autor, traducido por María J. Roca y publicado en Revista española de Derecho Constitucional, año 18, N° 53, 1998, disponible en [www.cepc.es](http://www.cepc.es) ( 28-09-2010)

Derecho Constitucional<sup>124</sup>.

En ese sentido, la justicia constitucional si bien en la actualidad es un instrumento nuclear del Derecho Constitucional no es más ni menos que eso y por lo tanto, su estudio profundizado abarca el Derecho Constitucional sustantivo y procesal, en el que la justicia constitucional en sí misma, sirve de hilo conductor:

Es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos<sup>125</sup>

Se destacan varios modelos de tribunales constitucionales. El modelo francés del Consejo Constitucional que se remonta al Jurado constitucional

---

<sup>124</sup> V. PÉREZ TREMPs Pablo, La justicia constitucional y el derecho constitucional comparado, en la Revista española de Derecho constitucional del Centro de estudios políticos y constitucionales del Ministerio de la Presidencia española, N°25, año 9, 1985, disponible en [www.cepc.es](http://www.cepc.es) (01-11-2020)

<sup>125</sup> V. FAVOREAU Louis, Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales, (Madrid, 1984) Centro de Estudios constitucionales, pág.21.

de Sieyes, pertenece a una línea distinta a los dos clásicos: la judicial review norteamericana y el kelseniano europeo. Sin embargo sus principales referentes<sup>126</sup>, a los que se suman los de las otras líneas mencionadas<sup>127</sup>, dirigen actualmente sus trabajos más a lograr individualizar elementos comunes que diferenciaciones.

El desarrollo teórico del concepto y de las funciones de los tribunales constitucionales se vio favorecido por un contexto histórico en el que la relevancia de los derechos fundamentales, adquiere mayor sentido desde esta perspectiva.

Es así que en la actualidad, se sostiene que es necesario realizar esfuerzos que vayan más allá de la fachada institucional y que la Constitución no sólo sea el parámetro de validez del producto jurídico del legislador sino de todo el ordenamiento. De este modo se supone una justicia constitucional en sentido amplio, que comprenda no sólo el enjuiciamiento de las leyes sino adecuar todo el ordenamiento y las actuaciones jurídicas a la norma fundamental.

---

<sup>126</sup> Se destaca Louis Favoreu, jurista y constitucionalista francés, autor junto a L Philip de Las grandes decisiones del Consejo constitucional (1975). Su obra significó un hito importante para el Derecho constitucional francés que venía de un declive después de un pasado muy reconocido, marcado por autores como Duguit, Carré de Malberg y Hauriou. V. ARAGÓN Manuel, Las grandes decisiones del Consejo Constitucional en Revista española de derecho constitucional del Centro de Estudios políticos y constitucionales del Ministerio de la Presidencia española, N° 30, año 10, 1990, disponible en [www.cepc.es](http://www.cepc.es) (02-11-2010)

<sup>127</sup> Autores como el alemán Otto Bachof, el italiano Gustavo Zagrebelsky y el español Eduardo García de Entrerría. entre otros. V. PÉREZ TREMPs Pablo, óp. cit.

Planteada la integración en materia de justicia constitucional, en la doctrina constitucional se plantea la necesidad de reflexionar sobre las posibilidades de inclusión del aporte británico.

El hecho de que en el Reino Unido no haya control de constitucionalidad de leyes, no significa inexistencia de justicia constitucional en sentido amplio, basta recordar la construcción inglesa de los derechos fundamentales que es actualizada y enriquecida por los tribunales británicos:

La ausencia del elemento formal no permite excluir la existencia del Derecho Constitucional británico<sup>128</sup>.

Sin embargo, hay que dejar en claro que la creación de los tribunales constitucionales ha sido objeto también desde el principio, de severas críticas:

---

<sup>128</sup> V. MARTÍNEZ ESTAY José, óp. cit.

La existencia de estos tribunales no es síntoma de buena salud constitucional sino de todo lo contrario<sup>129</sup>.

Y también:

Más precisamente, dichos órganos son producto de la falta de respeto a la Constitución por los poderes clásicos del Estado<sup>130</sup>

Es uno de los más entusiastas sostenedores de los tribunales constitucionales, Louis Favoreau, quien sostiene<sup>131</sup> que la adopción de esta clase de tribunales y no de un sistema de control difuso, se debió a

---

<sup>129</sup> V. PÉREZ ROYO Javier, Curso de Derecho constitucional, (Madrid, 1994) Marcial Pons, pág. 574.

<sup>130</sup> V. PÉREZ ROYO Javier, *óp. cit.*, pág.577

<sup>131</sup> V. FAVOREAU Louis, Los tribunales constitucionales, (Barcelona, 1994) Ariel, pág., 13 y ss.

diversas razones, tales como:

a.- La sacralización de la ley en Europa.

b.- La opinión generalizada de que los jueces ordinarios no estaban capacitados para interpretar la Constitución, mientras que los llamados jueces constitucionales pertenecen a otra categoría y a otro mundo distinto del de aquellos.

c.- La inexistencia de unidad de jurisdicción en gran parte de los países europeos. Así, junto a los tribunales ordinarios, había también contenciosos especiales, como el administrativo. Ello hacía relativamente lógico que se crease también un contencioso especial en lo constitucional, separado de la judicatura ordinaria.

d.- La insuficiente rigidez constitucional.

A ello se suma la enorme influencia de Hans Kelsen, quien propuso la adopción de esta clase de órganos con el objeto de velar por el cumplimiento de la *norma fundamental*.

En todo caso, gran parte de la doctrina europea marca la debilidad del modelo en su versión típicamente kelseniana, al menos por las siguientes razones:

▪En el modelo de justicia constitucional de Kelsen, puede y debe decirse

que sólo el Tribunal Constitucional queda vinculado jurídicamente por la Constitución<sup>132</sup>

- La Constitución no resulta una norma aplicable por los tribunales ordinarios.

- El Tribunal Constitucional concentra en sí toda relación posible de la Constitución con las normas.

En cambio, en la versión de los nuevos sistemas constitucionales, la Constitución vincula tanto a los poderes públicos como a los particulares. Y entre los poderes públicos se sitúan los tribunales ordinarios, que pueden aplicar directamente las disposiciones constitucionales.

Asimismo, las competencias otorgadas a tribunales constitucionales como el italiano, el alemán, el portugués o el español no se reducen al mero control de constitucionalidad de las leyes sino que conocen en recursos de amparo constitucional de los derechos y libertades individuales:

En este contexto, los tribunales constitucionales han dejado de ser meros legisladores negativos, según se correspondía

---

<sup>132</sup> V. GARCÍA DE ENTRERRÍA Eduardo, La constitución como norma y el Tribunal constitucional, 3º ed. (Madrid, 1991) Civitas, pág. 60.

con el modelo kelseniano, transformándose en verdaderos colegisladores o legisladores positivos<sup>133</sup>

En los modelos europeos contemporáneos cada vez son más abundantes los supuestos en que el Tribunal Constitucional amplía el ámbito de sus funciones, incidiendo positivamente en la tarea del legislador, ya sea actuando como colegislador o introduciendo en su jurisprudencia controles de mérito u oportunidad<sup>134</sup>

A estas argumentaciones se agrega el hecho de que las Constituciones italiana, alemana y española, contienen disposiciones que pretenden desligarse del positivismo jurídico y orientarse hacia los principios o derechos fundamentales, en un acercamiento hacia el jus naturalismo del que al fin y al cabo en algún extremo resulta coincidente:

Pero la verdadera ruptura del positivismo jurídico vendrá a través [...] de la consagración jurisprudencial cada vez más

---

<sup>133</sup> V. AGUIAR DE LUQUE Luis, El tribunal constitucional y la función legislativa, en Revista de derecho político (Madrid, 1987) pág. 24. También FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ José, La inconstitucionalidad por omisión, (Madrid, 1998) Civitas, pág., 29.

<sup>134</sup> V. Figueredo Ángela, Incidencia positiva del tribunal constitucional en el poder legislativo, Revista de estudios políticos, (Madrid, 1993) pág. 50.

segura y resuelta de la técnica de los principios generales del derecho, no sólo como fuente subsidiaria en defecto de la ley, sino como elemento informador del ordenamiento jurídico en bloque<sup>135</sup>

Así, el artículo 2º de la Constitución italiana señala:

La República reconoce y asegura los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea como miembro de los grupos sociales en que proyecta su personalidad<sup>136</sup>.

Por su parte, la Ley Fundamental de Bonn en su artículo 1.1 declara:

---

<sup>135</sup> V. GARCÍA DE ENTRERRÍA Eduardo y MENÉNDEZ Y MENÉNDEZ Aurelio, El derecho, la ley y el juez, dos estudios, 1º reimpresión, (Madrid, 2000), Civitas, pág. 46.

<sup>136</sup> El texto completo puede V. en [www.der.uva.es](http://www.der.uva.es) (03-11-2010)

La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público<sup>137</sup>.

Además:

El pueblo alemán se identifica, por lo tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo<sup>138</sup>

Además, la Ley Fundamental alemana reconoce el derecho de resistencia en su artículo 20.4, lo que es visto como un reflejo de su carácter no positivista.<sup>139</sup>

---

<sup>137</sup> El texto completo puede V. en [www.constitucion.rediris.es](http://www.constitucion.rediris.es) (03-11-2010)

<sup>138</sup> V. Ley Fundamental de Bonn, artículo 1.1 disponible en [www.constitucion.rediris.es](http://www.constitucion.rediris.es) (03-11-2010)

<sup>139</sup> V. BACHOF Otto, Jueces y constitución, (Madrid, 1985) Civitas, pág., 45.

También el artículo 10 de la Constitución española es considerado una manifiesta declaración jus naturalista cuando señala que la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, son fundamento del orden político y de la paz social<sup>140</sup>

En síntesis, el constitucionalismo europeo continental de la segunda posguerra mundial se encaminó hacia un sistema de control de constitucionalidad basado en tribunales constitucionales, desligando en principio a los jueces ordinarios de esta labor.

Favoreau estima que los tribunales constitucionales europeos presentan dos características comunes:

Se enmarcan en lo que denomina un contexto institucional y jurídico peculiar<sup>141</sup> porque algunos forman parte de estados con formas de gobierno parlamentaristas (Alemania, Italia, España, Bélgica), mientras otros están insertos en países con sistema semi parlamentarista (Francia, Austria y Portugal).

Además, algunos se insertan en esquemas jurisdiccionales duales, es decir, con una jurisdicción ordinaria y una administrativa (Italia, Francia, Austria, Bélgica, Portugal y España) y otros en sistemas de

---

<sup>140</sup> V. SÁNCHEZ AGESTA Luis, La justicia constitucional, Revista de derecho político N° 16, (Madrid, 1982) pág. 7. También GASTÓN ABELLÁN Marina, La justicia constitucional, entre legislación y jurisdicción, Revista española de Derecho constitucional, N° 41, (Madrid, 1994) pág. 63.

<sup>141</sup> V. FAVOREAU Louis, Los tribunales..., óp. cit., pág. 27.

pluralidad de jurisdicciones (Alemania, que cuenta con cinco jurisdicciones)<sup>142</sup>

Estos tribunales cuentan con un estatuto constitucional, es decir, están contemplados en las constituciones respectivas, las que además regulan sus aspectos básicos y esenciales

También tienen el monopolio de lo contencioso constitucional materia en la que los jueces ordinarios no pueden conocer por estar reservado a aquéllos.

Los jueces de los tribunales constitucionales europeos no son magistrados de carrera, y son designados por autoridades políticas y constituyen una verdadera jurisdicción.

No forman parte de la estructura jurisdiccional<sup>143</sup> y en términos generales, en los tribunales constitucionales europeos es posible encontrar tanto sistemas de controles abstractos como concretos y contenciosos objetivos y subjetivos.

Por último, las técnicas de control de constitucionalidad utilizadas por los diversos tribunales constitucionales tienden a ser homogéneas; y lo mismo ocurre con los contenidos y alcances de sus fallos.

---

<sup>142</sup> V. MARTÍNEZ ESTAY José, óp. cit.

<sup>143</sup> Sin embargo cabe aclarar que se trata de un punto polémico toda vez que el Tribunal constitucional alemán no sólo es parte del Poder Judicial sino que además, es el máximo órgano de dicho poder.

En Alemania el control de constitucionalidad de las leyes corresponde al *Bundesver- fassungsgericht*, probablemente el Tribunal Constitucional más importante e influyente del mundo:

Es el principal ejemplo de jurisdicción constitucional concentrada, así como el norteamericano lo es de control de constitucionalidad difuso; y si la Corte Suprema norteamericana es el principal tribunal supremo del mundo, el alemán es el principal Tribunal Constitucional<sup>144</sup>

La influencia del Tribunal Constitucional alemán es muy notoria, tanto en el propio sistema jurídico alemán como fuera de sus fronteras.

Su jurisprudencia influye de manera relevante sobre el sistema jurídico y político al punto que puede sostenerse que en Alemania federal, más allá del mismo Estado de derecho está el *Estado de los jueces*<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> V. PEREIRA MENAUT Antonio Carlos, Sistema político y constitucional de Alemania, (Santiago de Compostela, 2003) Tórculo, pág. 101.

<sup>145</sup> V. FAVOREAU Louis, Los tribunales..., óp. cit., pág., 13.

Fuera de Alemania, esta jurisprudencia es considerada con gran predicamento por otros tribunales constitucionales, entre ellos el español, en muchas de cuyas sentencias se aprecia la influencia de su par alemán.

Alemania tiene cinco tribunales supremos especializados (jurisdicción ordinaria, administrativa, financiera, laboral y social) y cada Land cuenta con su propio Tribunal Constitucional<sup>146</sup>.

Con respecto a la tesis de Louis Favoreau, sosteniendo que el tribunal constitucional alemán está situado fuera del aparato jurisdiccional, la misma ha sido objeto de crítica al contrastarla con las disposiciones constitucionales, en cuanto disponen que su organización y funciones están reguladas en el Capítulo IX bajo el título “De la jurisdicción” - *Die Rechtsprechung* - y específicamente en su artículo 92 que señala:

Se encomienda a los jueces el Poder Judicial, que será ejercido por el Tribunal Constitucional Federal, por los Tribunales Federales que se prevén en la presente Ley

---

<sup>146</sup> V. PEREIRA MENAUT Antonio, Sistema político... óp. cit., pág. 103.

Fundamental y los tribunales de los Estados<sup>147</sup>.

También que:

Es preciso hacer notar que el Tribunal Constitucional alemán está dentro del Poder Judicial y que ello lo diferencia, por ejemplo, de su homólogo español, donde el Tribunal Constitucional no forma parte de aquél; sino que tiene como su órgano superior al Tribunal Supremo<sup>148</sup>.

Igual situación se advierte en Italia y en Francia, con la Corte Constitucional y el Consejo Constitucional respectivamente.

---

<sup>147</sup> El texto de la Constitución alemana también puede V. en Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal constitucional alemán, trad. de Gustavo Ibáñez, (Bogotá, 2003) Ediciones Konrad Adenauer, pág. 413 y ss.

<sup>148</sup> V. SCHLAICH Klaus, El tribunal constitucional federal alemán, en Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales, (Madrid, 1984) Centro de Estudios Constitucionales, pág. 162. También en NOGUERIA ALCALÁ Humberto, La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional, en Revista Jus et praxis de la Universidad de Talca – Chile - vol. 8, año 001, disponible en [www.redalyc.uaemex.mx](http://www.redalyc.uaemex.mx) (03-11-2010)

En coincidencia con la organización alemana, en Portugal, conforme al artículo 209 de la Constitución, inserto en el Título - De los Tribunales - el Tribunal Constitucional forma parte de la estructura formal, aunque está situado en una posición especial, si se considera que es un órgano constitucional, institucional y funcionalmente autónomo.<sup>149</sup>

El tribunal constitucional alemán tiene su competencia determinada por la propia Ley Fundamental:

El Tribunal Constitucional resuelve en casos de discrepancia o de dudas sobre la compatibilidad formal y objetiva del derecho federal o del derecho de un Estado con la presente Ley Fundamental o compatibilidad del derecho de un Estado con otras normas de derecho federal, a instancias del Gobierno Federal, de un Gobierno regional o de un tercio de los componentes de la Dieta Federal<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup> V. GÓMES CANOTILHO J., Direito constitucional e Teoria da Constituicao, 2º ed. (Coimbra, 1998) Almedina, pág. 591.

<sup>150</sup> V. Ley fundamental de Bonn artículo 93.2. El texto completo está disponible en [www.constitucion.rediris.es](http://www.constitucion.rediris.es) (01-11-2010)

Además, las facultades acerca del control de constitucionalidad propio del Tribunal Constitucional, se ratifican con el artículo 100.1 de la Ley Fundamental de Bonn:

Cuando un tribunal considere anticonstitucional una ley de cuya validez dependa el fallo deberá suspender el proceso, y requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal y deberá suspender el procedimiento y consultar la opinión del Tribunal Constitucional. Lo mismo está previsto en caso de infracción de la Ley Fundamental por el derecho regional o de la incompatibilidad de una ley regional con una ley federal.<sup>151</sup>

---

<sup>151</sup> V. Ley Fundamental de Bonn artículos 100.1 y 100.2, el texto completo está disponible en [www.constitucion.rediris.es](http://www.constitucion.rediris.es) (03-11-2010)

También:

Cuando recayesen dudas acerca de si una norma de derecho internacional forma parte del derecho federal y si crea directamente derechos y deberes para los individuos<sup>152</sup>

Y luego:

Cuando, con motivo de la interpretación de la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional de un Estado tenga la intención de apartarse de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal o del Tribunal Constitucional de otro Estado, deberá recabar resolución del Tribunal Constitucional Federal<sup>153</sup>

---

<sup>152</sup> V. Ley Fundamental de Bonn artículo 100, el texto completo está disponible en [www.constitucion.rediris.es](http://www.constitucion.rediris.es) (03-11-2010)

<sup>153</sup> V. Ley Fundamental de Bonn artículo 100, el texto completo está disponible en [www.constitucion.rediris.es](http://www.constitucion.rediris.es) (03-11-2010)

En resumen: la Ley Fundamental ratifica de manera clara que sólo compete al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las leyes.<sup>55</sup> Los procedimientos señalados supra son considerados fórmulas especiales de control concreto de constitucionalidad.

La diferencia con el sistema de control concreto más clásico radica en que la resolución de la duda de constitucionalidad no la hará el órgano que esté conociendo del procedimiento en que aquélla se presenta, sino el Tribunal Constitucional.

En cuanto a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional Alemán al ejercer control de constitucionalidad de normas legales, la regla es que la comprobación de la inconstitucionalidad de una disposición legislativa debe conducir a su anulación<sup>154</sup>

En otros términos, sus efectos operan *erga omnes*:

Cada vez más y ante la duda de las consecuencias de semejante decisión, el Tribunal Constitucional recurre a otros métodos como el de *anulación parcial cualitativa*, que

---

<sup>154</sup> V. FAVOREAU Louis, Los tribunales...óp., cit., pág. 77.

consiste en declarar que la ley es nula en la medida en que se aplica a la situación que fue objeto de control<sup>155</sup>

Y también:

Otro sistema utilizado por el Tribunal alemán es el de la *interpretación conforme*. Según este mecanismo, la ley impugnada seguirá vigente en la medida que se explique conforme a la interpretación que le da el propio Tribunal Constitucional<sup>156</sup>

Además el Tribunal Constitucional ha recurrido a otras dos vías. La primera es la de declaración de inconstitucionalidad sin anulación subsiguiente, utilizada fundamentalmente cuando se lesiona el principio

---

<sup>155</sup> V. FAVOREAU Louis, Los tribunales..., óp. cit., pág. 77. También MARTÍNEZ ESTAY José, óp. cit.,

<sup>156</sup> V. FAVOREAU Louis, Los tribunales..., óp. cit., pág. 78.

de igualdad u otro derecho fundamental en correlación con el principio de igualdad.

Otra vía es la *anulación diferida*, usada en casos de leyes que han sido constitucionales en su origen, pero que con el transcurso del tiempo han devenido en inconstitucionales como consecuencia de la evolución de los hechos o del derecho

En este caso no se anula la ley, sino que el Tribunal la pone *en precario*, al indicar al legislador que ya sólo es constitucional provisionalmente, por razones que se precisan en la exposición de motivos y le ordena que modifique la ley fijándole un plazo concreto en algunos casos<sup>157</sup>.

En definitiva, y siguiendo el derrotero histórico epistemológico de esta corriente, lo que se pone en discusión es el concepto mismo de constitución:

El concepto de constitución que maneja el neo constitucionalismo [...] es el de un programa, no sólo político sino también social ( en la medida en que no sólo toca el

---

<sup>157</sup> V. KOMMERS Donald, La jurisprudencia constitucional en Alemania, 2º ed. (Londres, 1997) Duke University Press.

ejercicio y relaciones de poder sino también los diversos ámbitos de las relaciones sociales) entregado en su concreción final a la judicatura (y no a la decisión resultante de la movilización política electoral que pueda resultar en el juego de las mayorías) en un contexto argumentativo de un alto grado de subjetividad (por la imposibilidad de disciplinar las opciones incorporadas de entrada en la respectiva ponderación)<sup>158</sup>

#### *A.4) Referentes*

##### *A.4.1) G. Sartori y las críticas al positivismo*

---

<sup>158</sup> V. ALDUNATE LIZANA Eduardo, Aproximación conceptual y crítica al neo constitucionalismo, en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, vol. 23, N° 1, 2010, disponible en [www.scielo.cl](http://www.scielo.cl) ( 04-11-2010)

Pueden considerarse precedentes significativos del Neo constitucionalismo, aunque aún se sitúan bajo la identificación del constitucionalismo tradicional, las críticas al positivismo jurídico anticipadas durante la década de mil novecientos sesenta por Giovanni Sartori<sup>159</sup> y por Nicola Matteucci<sup>160</sup>.

Sartori anticipa su crítica en *Constitutionalism: A Preliminary Discussion*, (1962). Posteriormente, Matteucci lo hace en *Positivismo giuridico e costituzionalismo* (1963) que sólo recientemente ha aparecido como libro (1996)<sup>161</sup>.

Ambos merecen destacarse porque no atacan un positivismo en declive sino una postura que se encuentra en pleno esplendor teórico. Sus planteos críticos coinciden con el momento en que habían aparecido *On Law and Justice* (1958) de Alf Ross, la segunda *Reine Rechtslehre* (1960) de Hans Kelsen y *The Concept of Law* (1961) de Hart.

---

<sup>159</sup> SARTORI Giovanni (1924), politólogo italiano, ex decano del departamento de Ciencias Políticas de la Universidad de Florencia (Italia), ex profesor de Humanidades en la Universidad de Columbia (N York), Premio Príncipe de Asturias 2005 por sus contribuciones a la teoría que fundamentan la sociedad liberal democrática en el mundo contemporáneo. Sus trabajos tienen repercusión tanto en las ciencias políticas como en las tecnologías de la información y la comunicación. Sus obras más reconocidas son Partidos y Sistemas de partidos (1976) y Teoría de la Democracia (1988) Se tiene especialmente en cuenta para este trabajo Elementos de Teoría política, trad. de María Luz Morán, 2º reimp. , (Madrid, 2005) Alianza. Puede V. en [www.infoamerica.org](http://www.infoamerica.org) (29-09-2010)

<sup>160</sup> MATTEUCCI Nicola, (1926-2006) politólogo italiano , uno de los más reconocidos teóricos del constitucionalismo en Italia. Profesor de Filosofía en la Universidad de Bolonia, dirigió junto a Norberto Bobbio el Diccionario de política (1982). Entre sus obras más difundidas se encuentra Organización del poder y la libertad (1998) donde analiza en profundidad las bases del constitucionalismo. Puede V. en [www.loccidentale.it](http://www.loccidentale.it) (29-09-2010)

<sup>161</sup> V. BARBERIS Mauro, óp. cit., pág. 259 y ss.

Para Sartori el término constitución era usado por los iuspositivistas con un significado cósmico y meramente formal, para indicar cualquier exteriorización que un Estado se otorga. Por el contrario, los enrolados en el constitucionalismo lo consideran con un significado específico, para referir solamente al ordenamiento protector de la libertad de los ciudadanos:

El término *constitución* propio del constitucionalismo es exclusivamente moderno: comprendido [...] con un significado concreto garantista, que el positivismo jurídico y la definición “formal” de constitución han deformado su significado y destruido su razón de ser<sup>162</sup>.

En la visión de este autor y desde la ciencia política, interesada en describir el funcionamiento efectivo de un régimen, la acepción formal de constitución sería por lo tanto inútil, porque de acuerdo con ese significado cualquier régimen puede denominarse constitucional; y solamente el

---

<sup>162</sup> V. SARTORI Giovanni, Elementos de teoría política, 2º reimp. trad. de María Luz Morán, (Madrid, 2005) pág. 13.

sentido sustancial del término permitiría distinguir entre aquellas constituciones nominales o aparentes de aquellas que garantizan *realmente* la libertad del ciudadano:

Sea como fuere, el hecho sigue siendo que hoy *constitución* se ha convertido en un término utilizado con dos significados totalmente diferentes: [...] uno específico y sustantivo [...] y otro universal y formal. [...] El significado formal tiende a fagocitar el significado de garantía. Y es aquí en donde yo me rebelo<sup>163</sup>.

De tal modo, Sartori critica el formalismo y la neutralidad típica del iuspositivismo, acusándolo de ignorar los problemas destacados por el constitucionalismo:

---

<sup>163</sup> V. SARTORI Giovanni, óp. cit., pág. 20.

Una defensa de las constituciones nominales es que a pesar de todo, educan. Pero esta defensa me parece inaceptable.[...] Las constituciones puede contener afirmaciones de intención, de aspiración, pero si se afirman para engañar y son sistemáticamente violadas, se me escapa qué educación puede derivarse de ellas<sup>164</sup>.

#### *A.4.2) N. Matteucci y su oposición a la tesis de Bobbio*

En el mismo sentido argumentativo, se desarrollan las objeciones explicadas por Matteucci en *Positivismo giuridico e costituzionalismo*<sup>165</sup>, que algunos señalan como su mejor obra teórica<sup>166</sup>.

Matteucci ataca el positivismo jurídico en la versión ofrecida por Norberto Bobbio, por su adhesión al ideal de la neutralidad de la ciencia jurídica:

---

<sup>164</sup> V. SARTORI Giovanni, *óp. cit.*, pág. 23.

<sup>165</sup> V. MATTEUCCI Nicola, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, (Bologna, 1996) Il Mulino.

<sup>166</sup> BARBERIS Mauro, *óp. cit.* pág. 261.

Cuando Bobbio sostiene que la violación de normas constitucionales equivale a la producción de *normas nuevas*, estaría adhiriendo al pensamiento del iuspositivista Hobbes frente al constitucionalista Coke<sup>167</sup>

El autor concluye que el gobierno de los jueces representa propiamente el gobierno de la ley, tesis que hoy, en América del Sur en especial, podría captar la adhesión de muchos neo constitucionalistas.

#### *A.4.3) H. Hart y la discrecionalidad judicial*

---

<sup>167</sup> MARGIOTTA Constanza, Bobbio e Mateucci, su costituzionalismo e positivismo giuridico, en *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2, (Bologna, 2000) Il Mulino, pág. 387.

Para algunos autores, la aparición formal del Neo constitucionalismo puede hacerse coincidir<sup>168</sup> con el ataque al positivismo jurídico producido durante la década de mil novecientos setenta. H. Hart, en su obra *El concepto del derecho* (1961) refuta la tesis típicamente positivista de interpretación subsuntiva y del juez autómatas, reemplazándola por la de discrecionalidad judicial, la atención al punto de vista interno, etc.

La oposición que efectuó Ronald Dworkin a la caracterización del positivismo propuesta por Hart<sup>169</sup> dio lugar a posturas defensoras y detractoras de ambas posiciones:

Desde los años 70, hay un consenso en considerar que la forma más refinada de positivismo jurídico es la que se encuentra en la obra de Hart<sup>170</sup>

---

<sup>168</sup> V. BARBERIS Mauro, Neo constitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral, en Neo constitucionalismo(s) óp. cit. pág. 259 y ss.

<sup>169</sup> HART Herbert Lionel Adolphus, (1907-1992) académico de Oxford y uno de los filósofos del derecho más importantes del siglo XX. Enrolado en la jurisprudencia analítica, corriente positivista que pone énfasis en el análisis del lenguaje como elemento fundamental para la comprensión del derecho. Su obra más reconocida es El concepto del derecho (1961).

<sup>170</sup> V. ATIENZA Manuel y RUIZ MANEROJ. , Dejemos atrás... óp. cit., pág. 769.

H. L. Hart publicó tiempo después (1980) en la Revista española Sistema,<sup>171</sup> la reformulación del paradigma positivista que es considerada más influyente en el último cuarto del siglo XX; y que además sirvió como obligado punto de referencia para los debates sobre la perdurabilidad del positivismo jurídico<sup>172</sup>.

Sostiene al respecto Álvarez Gardiol:

Hart advirtió que en la filosofía del derecho, muchos de los problemas están vinculados con la definición de un pequeño número de nociones claves tales como “derecho”, “obligaciones”, “personas jurídicas”; y pareciera que la conceptualización de tales nociones sólo puede llevarse a cabo a través de términos que son tan problemáticos como los conceptos que se proponen definir<sup>173</sup>

---

<sup>171</sup> V. CONTRERAS Francisco, óp. cit.

<sup>172</sup> V. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO J., Dejemos atrás el positivismo jurídico, en El positivismo a examen...óp. cit. pág. 769.

<sup>173</sup> V. ÁLVAREZ GARDIOL Ariel, Manual de filosofía del derecho, (Rosario, 1998) Juris, pág. 271.

En el recordado trabajo, Hart proponía reducir la base doctrinal del positivismo a tres tesis, las que serán enunciadas a continuación con el único propósito de dejar sentados los fundamentos de los que después derivó en la polémica con Dworkin:

a.- Separación conceptual del derecho y la moral, idea ya presente en los representantes del utilitarismo anglosajón, como Jeremías Bentham y John Austin:

Aunque existen numerosas e importantes conexiones entre el derecho y la moral, de modo que frecuentemente hay una coincidencia o solapamiento de facto entre ambos [...] tales conexiones son contingentes, no necesarias, ni lógicas ni conceptualmente<sup>174</sup>

b.- Carácter social de las fuentes del derecho, en el sentido que el derecho es puesto por legisladores humanos, es convención, es artificio y no

---

<sup>174</sup> V. HART H.L.A., El nuevo desafío al positivismo jurídico, trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. Páramo, en Revista Sistema (Madrid, 1980) pág. 4. También en El concepto del derecho, (Buenos Aires, 1963) Abeledo Perrot, pág. 224.

naturaleza. Su conexión con la primera tesis resulta evidente, dado que por ser obra humana el derecho puede ser moralmente falible y por ser convención, puede tener cualquier contenido. La convencionalidad, dada por la procedencia de fuentes sociales, implica también que el derecho se fundamenta y se refiere a sí mismo, definiendo sus condiciones de validez:

Para que el derecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios; y esta práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico dado, son las fuentes últimas del derecho; los criterios, o test últimos de validez jurídica<sup>175</sup>.

c.- Discrecionalidad judicial para resolver los casos no previstos o *difíciles*, creando derecho para el caso en lugar de aplicar meramente el derecho preexistente. Reconocer este rasgo de parcial indeterminación del derecho o de *textura abierta*<sup>176</sup>, implica el abandono expreso de las tesis

---

<sup>175</sup> V. HART H.L.A. El nuevo desafío...óp. cit. pág. 5.

<sup>176</sup> V. HART H.L.A. El concepto...óp. cit. pág. 120.

positivistas clásicas, sobre la plenitud del ordenamiento y la concepción mecánica de subsunción de la función jurisdiccional<sup>177</sup>:

En todo sistema jurídico habrá siempre ciertos casos no previstos y no regulados legalmente [...] en consecuencia, el derecho es parcialmente indeterminado o incompleto<sup>178</sup>

En síntesis, Rodolfo Vigo sostiene:

Es opinión generalizada la de incluir en la nómina de notables e incuestionables jus positivistas a Hart. Sin embargo estimamos que tal calificación debe ser matizada. [...] De todas maneras se trata de uno de los más influyentes jus filósofos de nuestro siglo, cuya obra marcó nuevos rumbos en

---

<sup>177</sup> Aunque esta discrecionalidad para muchos siga siendo débil, no irrestricta, al estar condicionada por cortapisas jurídicas que limitan la decisión del juez. V. CONTRERAS Francisco, óp. cit.

<sup>178</sup> V. HART H.L.A. El nuevo desafío...óp. cit. pág. 5.

la escuela analítica y en la que encontramos sugerentes líneas de reflexión, tanto para adherir como para polemizar con ellas<sup>179</sup>.

#### *A.4.4) R. Guastini y la constitucionalización del derecho*

Además, para entender el desarrollo posterior de esta corriente y su mutación hacia el Neo constitucionalismo, es necesario tener en cuenta que en los años de mil novecientos sesenta no se había manifestado todavía en toda su extensión: el proceso denominado de la *constitucionalización del Derecho*.

Según la teoría elaborada por Guastini<sup>180</sup>, por constitucionalización se entiende un proceso de desarrollo de las instituciones que satisface por lo menos siete condiciones: 1) rigidez de la Constitución; 2) control de constitucionalidad de las leyes; 3) carácter políticamente vinculante de la Constitución; 4) sobre interpretación de las disposiciones constitucionales;

---

<sup>179</sup> V. VIGO (H) Rodolfo Luis, Perspectivas Ius filosóficas contemporáneas, 2º ed. (Buenos Aires, 2006) Lexis Nexis, pág. 81. También FASSÓ Guido, Historia de la Filosofía del derecho, tomo 3, (Madrid, 1979) Pirámide, pág. 243; y PÁRAMO ARGUELLES Juan, Hart y la teoría analítica del derecho, (Madrid, 1984) Centro de estudios constitucionales, pág., 188.

<sup>180</sup> GUASTINI Ricardo, catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Universidad de Génova (Italia) Entre sus obras más difundidas se citan Estudios de Teoría constitucional (2001) y Estudios sobre la interpretación jurídica (2004). Se tiene especialmente en cuenta para este trabajo La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano, trad. de José María Lujambio, en Carbonell M., ed., Neo constitucionalismo(s), óp. cit. pág. 49.

5) aplicación directa de tales disposiciones por parte de los jueces 6) interpretación conforme a la ley ordinaria; 7) influencia directa de la Constitución en las relaciones políticas:

Sostengo que la constitucionalización es una cuestión de grado, en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado. Y esto depende de cuántas y cuáles condiciones de constitucionalización estén satisfechas en el seno de 2aquel ordenamiento<sup>181</sup>.

#### *A.4.5)R. Dworkin y el juez filósofo*

Con la crítica formulada por Dworkin a Herbert Hart, y en concreto con el argumento de los principios, hace su aparición en el panorama filosófico-jurídico una posición que muestra el principal rasgo distintivo del neo constitucionalismo respecto al antiguo y consabido debate entre jus positivismo y al jus naturalismo: la idea de que el Derecho no se distingue

---

<sup>181</sup> V. GUASTINI Riccardo, óp. cit. pág. 50.

necesaria o conceptualmente de la moral, en cuanto incorpora principios comunes a ambos<sup>182</sup>.

Ronald Dworkin<sup>183</sup> es considerado como uno de los filósofos más influyentes de la actualidad; y debe su notoriedad especialmente a su ataque frontal al positivismo sin que eso implique por su parte, una identificación como jus naturalista: En general se considera que intentó señalar una vía que superara el conflicto entre las dos posturas tradicionales<sup>184</sup>.

En el amplísimo debate que se ha producido y que sigue vigente, los principios señalados por Dworkin han adoptado cada vez más la forma de principios *constitucionales*; ya sea con el sentido material de estar incorporados en el documento constitucional, o también en el sentido más formal de ser considerados como fundamentos del orden jurídico<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> V. COMANDUCCI Paolo, Formas... óp. cit.; en especial, su identificación como neo constitucionalismo metodológico.

<sup>183</sup> DWORKIN Ronald (1931) Filósofo estadounidense, Estudio derecho en Harvard y ejerció como profesor de Derecho y Filosofía en las Universidades de Londres, Nueva York y Oxford donde continua. Su teoría del derecho como integridad es una de las más influyentes teorías contemporáneas sobre la naturaleza de la ley.

<sup>184</sup> V. CONTRERAS Francisco, El debate... óp. cit.

<sup>185</sup> V. BARBERIS Mauro, Neo constitucionalismo... óp. cit. pág. 259.

Si bien su obra es extensa y variada, en esta parte del trabajo solamente nos interesa identificar sus aportes al concepto del Derecho<sup>186</sup> poniendo foco en su polémica con Hart; en especial su refutación a las tres tesis centrales que éste construyó en 1980 para identificar el positivismo jurídico, tal como fue desarrollada en el punto 6 de este trabajo:

La aportación doctrinal de Dworkin a la teoría de las fuentes, se plantea como una revisión de los principales presupuestos de las tesis hartianas<sup>187</sup>.

a.- Con relación a la separación conceptual entre derecho y moral, Dworkin reivindica el carácter prescriptivo, justificativo y comprometido de su teoría acerca del Derecho, contraponiéndose a las tesis positivistas tanto del propio Hart como también la de Kelsen

---

<sup>186</sup> V. DWORKIN Ronald, El imperio de la justicia, De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica, 2º reimp. , trad. de Claudia Ferrari, (Barcelona, 2005) Gedisa.

<sup>187</sup> V. PÉREZ LUÑO Antonio, La filosofía del derecho...óp. cit. pág. 463.

Hart señaló el rasgo descriptivo<sup>188</sup> de su posición jus filosófica TRADUCIR JUANRA y Kelsen atribuyó a su teoría pura<sup>189</sup> el objetivo de exponer el derecho tal cual es, sin pretender justificarlo.

Sostiene que esa distinción tajante entre descripción y valoración produjo gran perjuicio a la teoría del derecho:

Denominaré el argumento que acabo de describir, que ha causado tanto daño en filosofía del derecho, el aguijón semántico. Las personas que tienen una cierta imagen de cómo es el desacuerdo y cuándo es posible, son su presa. Creen que pueden discutir con sensatez uno con otro si, y sólo si, todos aceptamos y seguimos los mismos criterios para decidir cuándo nuestros reclamos tienen fundamento.[...] Según dicen, es mejor ignorar las palabras que utilizan los jueces y tratarlos como si discreparan sobre la fidelidad[...] pero no sobre el derecho. Allí está el aguijón, estamos marcados como

---

<sup>188</sup> V. HART H.L.A., The concept of law, edición póstuma de Penélope Bullroch y Joseph Raz, (Oxford, 1994) Clarendon Press, pág. 240.

<sup>189</sup> V. KELSEN H. Teoría pura del derecho, 4º ed. trad. de Moisés Nilve, (Buenos Aires, 1999) Eudeba.

su objetivo por un cuadro muy crudo sobre qué tipo de desacuerdo es, o debe ser.<sup>190</sup>

Dworkin plantea la necesidad de cambiar esa distancia teórica y emocional de los juristas frente al derecho, tan necesaria para el positivismo – la idea de Hart sobre el punto de vista externo, la neutralidad valorativa – por otra más comprometida donde los juristas acepten la existencia de principios y valores subyacentes al sistema, crean en ellos, de tal modo que el derecho se presente bajo la mejor luz moral posible, que exceda lo formalmente conceptual para comprender también lo valorativo:

Una minuciosa teoría política del derecho incluye entonces por lo menos dos partes principales: hablan de los fundamentos del derecho (circunstancias en las que la propuesta de ley puede ser considerada sólida o verdadera) y de la fuerza del derecho (el poder relativo de cualquier propuesta de ley verdadera para justificar la coerción en

---

<sup>190</sup> V. DWORKIN Ronald, El imperio... óp. cit. pág. 44.

distintas circunstancias). Estas dos partes deben apoyarse entre sí.<sup>191</sup>

En consecuencia, la teoría del derecho estará vinculada, incrustada<sup>192</sup> - *embedded* - con una filosofía política y moral más general, que dependerá a su vez de una teoría filosófica más amplia, como una visión del mundo<sup>193</sup>, en términos de integridad:

El derecho como integridad rechaza, por inútil, la antigua cuestión de si los jueces encuentran o inventan la ley; sugiere que entendemos el razonamiento legal sólo al entender el sentido en el que hacen ambas cosas y ninguna<sup>194</sup>

---

<sup>191</sup> V. DWORKIN Ronald, *El imperio...*, óp. cit. pág. 87.

<sup>192</sup> El significado del término tiene relevancia si se considera que va más allá de un complemento o conexión: define el estado de una materia que al ponerse en relación con otra, conforma un cuerpo nuevo, distinto a sus partes, se incorpora, se incluye. V. Diccionario de la lengua española, 23º ed. disponible en [www.espa.es](http://www.espa.es) (04-10-2010)

<sup>193</sup> V. PRIETO SANCHÍS Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, (México, 1997) Fontamara, pág. 52.

<sup>194</sup> V. DWORKIN Ronald, *El imperio...* óp. cit. pág. 164.

En consecuencia, Dworkin propone una teoría holística del derecho como integridad, que diluye las fronteras normativas divisorias del derecho y la moral - como lo sostenía el positivismo de Hart y de Kelsen - para resaltar la construcción teórica del derecho en base a los principios:

Aquella polémica del mundo anglosajón entre Hart y Dworkin puede verse reflejada en el derecho continental merced a las teorías de dos grandes juristas: Hans Kelsen y Josef Esser<sup>195</sup>

Para Dworkin, el derecho consta además de reglas, de *policies* y principios:

---

<sup>195</sup> V. VIGO RODOLFO L., Los principios jurídicos, perspectiva jurisprudencial, (Buenos Aires, 2000) Depalma, pág. 2 y 3., donde deja constancia que la tesis de los principios jurídicos o la más jus privatista expresión “principios generales del derecho”, adquiere con la formación del Estado contemporáneo, ribetes muy especiales, particularmente a partir de la consagración de la división de poderes, de la exigencia central de la seguridad jurídica y del pluralismo social.

Ronald Dworkin reprocha a Hart el haber elaborado una teoría del derecho circunscrita a las normas legales que, por tanto, es inepta para identificar otras fuentes de los ordenamientos jurídicos, como los principios, los precedentes judiciales y las costumbres<sup>196</sup>

Los principios, son derecho implícito o derecho de interpretación y tienen carácter moral:

Llamo principio, a un estándar que debe ser observado, no porque promueva o asegure alguna situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque así lo requiere la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moral<sup>197</sup>

---

<sup>196</sup> V. PÉREZ LUÑO Antonio, La filosofía del derecho..., óp. cit. pág. 466.

<sup>197</sup> V. DWORKIN Ronald, Law "s Empire, (Massachusetts, 1986) Harvard University Press, pág. 102

Así vistos, los principios se relacionan con los derechos naturales a los que Dworkin refiere como anteriores a los creados por la legislación, confirmando mediante una defensa enconada de los derechos fundamentales, la dimensión moral de lo jurídico<sup>198</sup>.

La actitud del derecho es constructiva. Su objetivo, en el espíritu interpretativo, es colocar el principio por encima de la práctica, para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado<sup>199</sup>.

b.- En su obra *Los derechos en serio*,<sup>200</sup> las fuentes sociales del derecho son rebatidas por Dworkin basándose en la que considera innegable presencia de los principios en el sistema jurídico.

---

<sup>198</sup> V. VIGO (H) RODOLFO Luis, Perspectivas lus filosóficas...óp. cit. pág. 191.

<sup>199</sup> V. DWORKIN Ronald, El imperio...óp. cit. pág. 290.

<sup>200</sup> DWORKIN Ronald, Taking Rights Seriously, 7º reimp. trad. de Marta Guastavino, (Barcelona, 2009) Ariel. Cabe la aclaración porque en sus trabajos posteriores, como El imperio de la Justicia, óp. cit.; Dworkin formula la misma idea en términos ligeramente diferentes, que no consideramos pertinente tratar aquí, dado que no alteran su concepto acerca del derecho.

Al construir la noción de los principios, los caracteriza como no validables o identificables mediante la apelación a ninguna regla de reconocimiento<sup>201</sup> ni a ninguna otra fuente social que garantice su aceptación como tal por el sistema jurídico:

Las reglas pueden ser identificadas y distinguidas mediante criterios específicos, mediante test que tienen que ver, no con su contenido, sino con su *pedigree*, en referencia al modo en que ellas fueron adoptadas o elaboradas; pero no así los principios. Este test de *pedigree* no funcionará para los principios[...] porque el origen de éstos reside, no en la decisión concreta de algún órgano legislativo o tribunal, sino en un sentido de adecuación desarrollado entre los profesionales jurídicos y el público a lo largo el tiempo; y su vigencia depende de que ese sentido de conveniencia se mantenga<sup>202</sup>

---

<sup>201</sup> Recordando que las reglas de reconocimiento definen las condiciones de validez que deben cumplirse como condición de pertenencia al sistema .V. Pérez Luño Antonio, La filosofía del derecho en perspectiva histórica, (Sevilla, 2009) Universidad, pág. 257.

<sup>202</sup> V. CONTRERAS Francisco, El debate...., óp. cit.

Es decir que considerados los principios como derecho, entra en crisis la tesis positivista por la que el derecho puede distinguirse de otras normas de convivencia – como las morales – mediante la aplicación de una regla de reconocimiento (Hart) o la norma fundamental (Kelsen); así como también parece quedar claro que los principios carecen de validez formal al no ser creados ni por la legislación ni por la jurisprudencia, nutriéndose de sentimientos de justicia compartidos por la comunidad en cuestión<sup>203</sup>.

c.- La discrecionalidad judicial es refutada por Dworkin teniendo como base dos objeciones: la primera reside en que al resolver el caso discrecionalmente, el juez está aplicando derecho nuevo y por lo tanto afectando el principio democrático de separación de poderes al carecer de legitimidad para actuar como legislador; la segunda, al crear derecho para resolver un caso difícil, el juez aplica a los litigantes normas inexistentes al momento en que tuvieron lugar los hechos objeto de juzgamiento, afectando de esa manera el principio de irretroactividad.

Se sustenta en que el positivismo aplica un reduccionismo normativista al suponer que el derecho puede no alcanzar a cubrir todos los casos, pues lo que debe hacerse es recurrir al razonamiento político- moral, a las directrices y a los principios. Donde no lleguen las reglas, llegarán éstos.

---

<sup>203</sup> V. GUASTINI Riccardo, Reencuentro con Dworkin, en Distinguiendo estudios de teoría y meta teoría del derecho, (Barcelona, 1999) Gedisa, pág. 280.

En este proceso Dworkin concluye en la tesis de la única respuesta correcta (*one right answer*) y el derecho ofrece no solamente algunas respuestas, sino la única respuesta correcta para resolver el caso. La identificación de esa respuesta, será para Dworkin una tarea dura y difícil, sobre humana, propia de un juez filósofo<sup>204</sup>:

La conclusión más relevante del planteamiento de Dworkin es que las reflexiones filosóficas- jurídicas [...] son en sentido amplio, derecho<sup>205</sup>

El tan conocido Hércules Dworkiniano, era capaz de abarcar no solamente la normativa positiva relevante, sino también construir una teoría constitucional, preguntarse por el sentido de las instituciones o derechos

---

<sup>204</sup> Acerca de la dimensión filosófica que Dworkin le reconoce a la filosofía V. VIGO (H) Rodolfo Luis, *Perspectivas Ius filosóficas...* óp. cit. pág. 190.

<sup>205</sup> V. PEREZ LUÑO Antonio, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, (Sevilla, 1993) Real Academia sevillana de legislación y jurisprudencia, pág. 42.

afectados por un caso y diseñar una doctrina que inserte, con coherencia, el caso en cuestión con el derecho como integridad<sup>206</sup>.

La devolución hecha por Hart a los argumentos de Dworkin aparece en un escrito póstumo - Postscript - y como apéndice a la edición de *El concepto del Derecho* (1994) donde hace algunas concesiones – en especial en su segunda tesis - llamando *positivismo blando o soft*, a su teoría reformulada. Considera posible que la regla de reconocimiento o sistema de fuentes, incluya principios de justicia como criterios de validez jurídica, aunque aclara que la inclusión no se produce por la regla misma, sino por remisión o convención.

#### *A.4.6) La controversia Hart - Dworkin*

Como resultado de este proceso y de la difusión que tomó la polémica Hart- Dworkin, pueden identificarse básicamente tres grupos doctrinarios de opinión.

Por un lado, quienes consideran definitivamente clausurada la etapa positivista<sup>207</sup> sin que ello implique necesariamente un retorno al jus

---

<sup>206</sup> V. CONTRERAS Francisco, *El debate...*, óp. cit. También DWORKIN Ronald, *El imperio...* óp. cit. pág. 123.

naturalismo<sup>208</sup>, se definen como no positivistas o post positivistas; por otro, aquellos que se repliegan dentro de la misma corriente, pero aligerando o suavizando la posición original en una especie de positivismo tardío, débil o *soft*, al que denominan positivismo incluyente<sup>209</sup>; y finalmente quienes prefieren ubicarse en la posición más recalcitrante, reconocida como positivismo excluyente<sup>210</sup>:

El positivismo ha reaccionado frente a las críticas [...] siguiendo una estrategia de repliegue o descarga de lastre, consistente en excluir del catálogo de opiniones teóricas positivistas aquellas que no resulta posible defender [...] para reafirmar las que no quedaban afectadas por la crítica<sup>211</sup>

---

<sup>207</sup> V. ATIENZA Manuel y RUIZ MANERO J., óp. cit. pág. 779. Allí sostienen la tesis que el positivismo jurídico agotó su ciclo histórico, rebatiendo las afirmaciones de Ferrajoli, Comanducci y Prieto Sanchís.

<sup>208</sup> V. FERNÁNDEZ Eusebio, Merece la pena ser positivista y algo más, en El positivismo jurídico a examen..., óp. cit. pág. 894.

<sup>209</sup> V. SERNA Pedro, El positivismo incluyente en la encrucijada, disponible en [www.bibliojuridica.org](http://www.bibliojuridica.org) (29-09-2010) También WALUCHOW Wilfrid, Positivismo jurídico incluyente, (Madrid, 2007) Marcial Pons.

<sup>210</sup> V. RAZ Joseph, ¿Puede haber una teoría del derecho? trad. de Hernán Bouvier, en Moreso Mateos J. y Ferrer Beltrán J. directores., Una discusión sobre la teoría del derecho, Colección Filosofía y Derecho, (Madrid, 2007) Marcial Pons, pág. 47 y ss. También R. Dworkin refiere a este positivismo llamándole ptolemaico aludiendo al antiguo modelo diseñado por Ptolomeo para salvar la cosmología antigua. V. KOESTLER A., Los sonámbulos, el origen y desarrollo de la cosmología, V. I, (Barcelona, 1989) Salvat, pág. 43 y ss.

<sup>211</sup> V. SERNA Pedro, El positivismo inclusivo ante la mirada del observador, en El positivismo jurídico a examen... óp. cit., pág. 488.

Es así que los jus positivistas que como Hart han aceptado al menos parte de las críticas de Dworkin<sup>212</sup>, se adhirieron a lo que ahora se conoce como jus positivismo débil o incluyente (*soft o inclusive positivism*) que ha encontrado un éxito considerablemente mayor que la posición contraria, *el hard o exclusive positivism*<sup>213</sup> o positivismo excluyente.

El jus positivismo incluyente o también llamado incorporacionista se nutre tanto de las tesis expuestas por Hart en su Postscript como de argumentos desarrollados con anterioridad a esta obra, por autores como David Lyons<sup>214</sup>.

Mi posición ante la ley no deriva de la teoría sino que surgió por la colisión entre unos ideales razonables y las realidades

---

<sup>212</sup> V. HART H.L.A. Postscript, en *The concept of law*, (Londres, 1994) OUP, pág. 250.

<sup>213</sup> V. BARBERIS Mauro, Neo constitucionalismo... óp. cit. pág. 263.

<sup>214</sup> V. LYONS David, Aspectos morales de la teoría jurídica, (Barcelona, 1998) Gedisa.

crudas [...] La ley sirvió con mayor frecuencia a disposiciones sociales opresivas, injustas e inhumanas que a fines justos<sup>215</sup>

Se considera a sí mismo como una razonable vía intermedia entre el integrativismo de Dworkin y el positivismo excluyente de Raz; y por ello recibe críticas de ambos lados<sup>216</sup>.

Tiene asumida la tesis que siempre ha distinguido al iuspositivismo del iusnaturalismo: la negación de una conexión identificativa necesaria entre Derecho y moral, considerados conceptualmente distintos entre sí.

Considera que la moral, aunque distinta y no confundible con el derecho positivo, podría ser contingentemente incluida; en consecuencia, el derecho positivo bien podría remitir a valores morales, aunque esta remisión no transforma la moral en derecho<sup>217</sup>:

---

<sup>215</sup> V. LYONS David, óp. cit. Prefacio. El autor es ingeniero y professor de filosofía del derecho en Harvard. Entre sus obras más conocidas figura Ética y Derecho, trad. de M Serra, (Barcelona, 1986) Ariel.

<sup>216</sup> V. WALUCHOW Wilfrid, óp. cit. pág. 83.

<sup>217</sup> V. ROMANO Santiago, Frammenti di un dizionario giurídico, (Milán, 1947) Giuffré, pág. 72. También BARBERIS Mauro, Neo consitucionalismo... óp. cit. pág. 263.

La identificación de una norma como válida dentro de un sistema jurídico, así como el discernimiento del contenido de la norma [...] pueden depender de factores morales<sup>218</sup>

En el mismo sentido planteado por Hart, el positivismo incluyente sostiene que la incorporación de los principios morales al sistema jurídico no se produce *proprio vigore*<sup>219</sup>, sino solamente en la medida en que estén incluidas por las reglas de reconocimiento. La conformidad con valores será entonces, condición necesaria pero no suficiente porque requerirá además, que la regla de reconocimiento incluya esa conformidad como una condición de validez jurídica de la norma en cuestión

La teoría sostiene en consecuencia, que el Derecho *puede* recurrir a principios morales como criterios para determinar la validez jurídica, diferenciándose del jus naturalismo de Dworkin que sostiene que lo hace *siempre*, y del positivismo excluyente de Raz, quien considera que *no puede* hacerlo, admitiendo solamente criterios fácticos, no morales:

---

<sup>218</sup> V. WALUCHOW Wilfrid, óp. cit. pág. 82.

<sup>219</sup> V. CONTRERAS Francisco, óp. cit.

La obligación de obedecer el derecho implica que la razón de hacer lo que es requerido por el derecho es, precisamente, el hecho de que así es requerido<sup>220</sup>.

Otra de las particularidades que menciona el positivismo incluyente está en la búsqueda de una posición equilibrada, distinta de la *comprometida* de Ronald Dworkin.

Así por ejemplo, con relación al dilema entre el punto de vista interno y el punto de vista externo, sostiene que si bien el teórico debe mirar las prácticas o creencias que describe con cierta empatía y sin apresurarse, ello no implica sostener que sólo cabe dar cuenta de una práctica cuando uno mismo es quien participa de ellas:

Entre la perspectiva predictiva del extraterrestre y la del participante pleno, hay posibilidades intermedias que al positivismo incluyente le parecen razonables<sup>221</sup>

---

<sup>220</sup> V. RAZ Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, 2º ed. trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, en Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, disponible en [www.bibliojuridica.org](http://www.bibliojuridica.org) pág. 290 (04-10-2010)

En cuanto a su relación con el neo constitucionalismo, cabe aclarar que éste se aleja del jus positivismo incluyente en cuanto hace suya la tesis jus naturalista de la conexión *necesaria* entre Derecho y moral; pero se acerca a él en cuanto sitúa tal conexión en el nivel de los principios fundamentales o constitucionales, que ya venían del campo de reflexión del constitucionalismo – marcándose allí la diferencia entre el neo constitucionalismo y el jus naturalismo tradicional –

En el otro extremo, el positivismo excluyente - que se desarrolla en Oxford a través del pensamiento de Joseph Raz - se opone con vehemencia a la contingencia moral, sosteniendo que solamente los hechos sociales pueden determinar el contenido del derecho

Para Raz se trata de la única forma de positivismo jurídico que se mantiene respetuosa y coherente con la pretensión de construir una teoría del derecho basada en la generalidad y en la descripción.

La moral queda excluida de todos los fundamentos posibles en la determinación de derecho válido.

---

<sup>221</sup> V. WALUCHOW Wifrid, óp. cit. pág. 28.

Para Waluchov, se trata de la reformulación del modelo propuesto por Hart aunque más estricto que su original<sup>222</sup> al no aceptar las concesiones que aquél había admitido a las teorías rivales. Según Raz, las mencionadas concesiones *hartianas* son solamente adherencias ocasionales de elementos normativos exógenos, que no forman de ningún modo, parte del derecho:

Naturalmente, las propiedades esenciales del derecho son características universales del derecho. Deben ser encontradas en el derecho donde quiera y cuando quiera que exista. Más aún, estas propiedades son propiedades universales del derecho no por accidente, no por ninguna prevalencia de circunstancias económicas o sociales, sino porque no hay derecho sin ellas. Esto no significa que no haya instituciones sociales, o sistemas normativos que compartan muchas de las características del derecho pero que no tengan las propiedades esenciales del derecho. Al investigar las diferentes formas de organización social en diferentes sociedades a través del tiempo, encontraremos muchas que se parecen al derecho de muchos

---

<sup>222</sup> V. WALUCHOW Wilfrid, Positivismo jurídico incluyente, trad. de Marcela Gil y Romina Tesone, (Madrid, 2007) Marcial Pons, pág. 99.

modos. Sin embargo, si carecen de los rasgos esenciales del derecho, no son sistemas jurídicos<sup>223</sup>.

Todo elemento que no encaje en esa concepción es calificado por Raz como extra jurídico, aunque tenga algún papel decisivo en la práctica. Este razonamiento llevado a su límite admite que - en el último de los casos - el recurso de la discrecionalidad judicial es inevitable:

Cuando una decisión depende de una correcta elucidación de un concepto, los tribunales apuntan a encontrar la respuesta correcta como lo hacen cuando es acerca de un acuerdo o acerca de un argumento económico. Si fracasan, esto puede llevar al surgimiento de un sentido técnico para el término en el sistema jurídico. Pero no llevará a un cambio en la noción

---

<sup>223</sup> V. RAZ Joseph, ¿Puede haber una teoría del derecho? en Una discusión sobre la teoría del derecho, colección Filosofía y derecho, Dirección de José Moreso Mateos y Jordi Ferrer, (Madrid, 2007) Marcial Pons, pág. 57.

de derecho. La afirmación [...] de que una teoría del derecho es parte de la práctica jurídica está equivocada<sup>224</sup>.

#### *A.4.7) R. Alexy y la naturaleza doble del derecho*

Robert Alexy<sup>225</sup> expuso en 1976 su Teoría de la argumentación jurídica<sup>226</sup> y en 1984 su Teoría de los derechos fundamentales<sup>227</sup>.

En esta última tesis, desarrolla su concepto sobre derechos fundamentales partiendo del sistema jurídico alemán y sosteniendo que éste encarna el tipo de Estado constitucional democrático que con la caída del entorno de los Estados socialistas, se desarrolló exitosamente a nivel mundial:

---

<sup>224</sup> V. RAZ Joseph, Una discusión..., óp. cit. pág. 71.

<sup>225</sup> Robert Alexy (1945) jur filósofo alemán graduado en la Universidad de Gottingen, hoy catedrático de la Universidad de Kiel. V. ATIENZA Manuel, Entrevista a Robert Alexy, en Doxa, 24, 2001, pág. 671, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com) (18-10-2010)

<sup>226</sup> V. ALEXY Robert, Teoría de la Argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, trad de Manuel Atienza e Isabel Esjejo, (Madrid, 1989) Centro de Estudios Constitucionales, disponible en [www.uv.es](http://www.uv.es) (15-10-2010)

<sup>227</sup> V. ALEXY Robert, Teoría de los derechos fundamentales, (Madrid, 1993) Centro de Estudios Constitucionales.

La expansión de las ideas del Estado constitucional democrático se corresponde en Europa con el desarrollo de una teoría y una praxis constitucionales comunes, singularmente por lo que se refiere al control de constitucionalidad, en que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y la ciencia del Derecho Público alemana juegan un importante papel. Si hablo de Alemania en general, habrá de entenderse con ese trasfondo.<sup>228</sup>

Desde su perspectiva, el Estado constitucional democrático se caracteriza por principios fundamentales, expresados en la Ley Fundamental alemana, a los que identifica como protectores de la dignidad humana, de la libertad y de la igualdad.

Estos principios se unen a los fines del Estado de Derecho democrático y social, construyendo íntimas relaciones, aunque también tensiones.

---

<sup>228</sup> V. ALEX Y Robert, Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático, trad. de Alfonso García Figuerola, en *Neo constitucionalismo(s)* óp. cit. pág. 31.

La posición de los derechos fundamentales en el sistema jurídico de Alemania se integra con cuatro extremos: primero, regulan con rango máximo; segundo, actúan con máxima fuerza jurídica; tercero, son de la máxima importancia; cuarto, tienen la máxima indeterminación. Cada una de estas propiedades extremas resulta en sí misma inocua, pero en su relación con las demás puede generar importantes efectos para el sistema<sup>229</sup>.

El primer extremo, *máximo rango* en el ordenamiento del derecho estatal, es el resultado de considerar que los derechos fundamentales se hallan regulados en la constitución. En virtud de esto toda norma jurídica que los viole es inconstitucional; y en consecuencia viciada de nulidad.

El primer extremo solamente produce efectos en tanto se acompañe con el segundo, que refiere a la *máxima fuerza jurídica*.

Por lo tanto, desde esta perspectiva los derechos fundamentales vinculan como derecho vigente al derivado del Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Esto significa una ruptura con la tradición constitucionalista del Imperio y de la República de Weimar, donde los derechos fundamentales eran producto de declaraciones programáticas que no gozaban de tutela judicial.

---

<sup>229</sup> V. ALEXY Robert, Los derechos fundamentales..., óp. cit. pág. 33.

En la República Federal, en cambio, la observancia de los derechos en cuestión está controlada por los tribunales, comenzando por los inferiores y finalizando con el Tribunal Constitucional Federal.

Esta característica de la constitucionalidad, que se conoce como *justiciabilidad plena*, es referida por Alexy como uno de los tesoros de la Constitución:

Si antes valía decir: derechos fundamentales sólo en el marco de las leyes, ahora se quiere decir: leyes sólo en el marco de los derechos fundamentales<sup>230</sup>

El control jurisdiccional se extiende sobre los tres poderes. El control del ejecutivo, se considera un postulado evidente en tanto los derechos fundamentales son válidos como derecho positivo. Menos evidente resulta el control del legislador que es ejercido en Alemania por el Tribunal constitucional, a través de diversos tipos de procedimientos.

---

<sup>230</sup> V. ALEXY Robert, Los derechos fundamentales..., óp. cit. pág. 34.

Con relación al control de jurisprudencia, cada juez debe tener en cuenta en sus decisiones, a los derechos fundamentales. Éstos deben irradiar al derecho en su totalidad como valores, o lo que es lo mismo, como juicios de valor objetivos.

En virtud de ello, estos derechos desplegarán su vigor en todos los ámbitos: no solamente en la relación del ciudadano con el Estado sino también en el ámbito del derecho privado, en la relación entre los particulares, en definitiva, como una constitucionalización del derecho en su totalidad y también como la realización plena de los derechos fundamentales.

La referencia al máximo rango y la máxima fuerza jurídica llevan agregado que se trata de cuestiones de máxima relevancia, porque los derechos fundamentales deciden acerca de la estructura básica de la sociedad: su presente y su futuro.

El máximo grado de indeterminación se advierte por el carácter suscito y vacío de las declaraciones del texto constitucional. De allí el lugar crucial que tiene la interpretación en orden a los derechos fundamentales.

La particularidad de la interpretación constitucional, deriva de la combinación de estos extremos: máximo rango, máxima fuerza jurídica y máxima importancia de su contenido.

Con respecto a la naturaleza del derecho, Alexy sostiene su carácter doble. Esto es, que comprende una dimensión real o fáctica y una dimensión ideal o crítica.

La dimensión fáctica está representada por la promulgación adecuada y la eficacia social; la dimensión crítica, por la corrección moral:

Quien defina el derecho por medio de la promulgación adecuada y la eficacia social, aboga por un concepto positivista. [...] Cuando se agrega la corrección moral [...] la escena cambia [...] Surge un concepto no positivista del derecho<sup>231</sup>.

En consecuencia, defender la naturaleza doble del derecho, implica para Alexis aceptar una posición no positivista, en una versión que denomina *no positivismo inclusivo*.

---

<sup>231</sup> V. ALEXY Robert, La doble naturaleza del derecho, trad. de Jorge Abboud, Conferencia en ocasión de recibir el título de Doctor Honoris Causa de la Universidad Nacional de Tucumán, 11-10-2008.

Explica que la controversia entre positivismo y no positivismo refiere al antiguo debate entre derecho y moral, donde los positivistas defienden la tesis de la separación y los no positivistas la tesis de conexión. Tanto una como otra, se presentan con diversas variedades y/o matices<sup>232</sup>.

La tesis no positivista de la conexión, está centrada en los distintos efectos de validez jurídica que son atribuibles a las deficiencias morales:

Podría ser que se pierda la validez jurídica en todos los casos, podría ser que se pierda en algunos casos y en otros no, o finalmente podría ser que la validez jurídica no se encuentre afectada de ninguna manera<sup>233</sup>

Para la primera tesis, las deficiencias morales producen siempre invalidez jurídica. Es la versión más extrema del no positivismo, que podría definirse como *excluyente* al dejar fuera todo hecho social que sea moralmente

---

<sup>232</sup> Para la tesis de la separación, ubica dos posturas positivistas básicas: el positivismo excluyente de J. Raz y el positivismo inclusivo de J. Coleman. V. ALEX Y Robert, La doble... óp. cit.

<sup>233</sup> V. ALEX Y Robert, La doble..., óp. cit.

deficiente, lo que equivaldría a sostener que la moral debería regir completamente al derecho<sup>234</sup>.

Alexis le objeta básicamente, el considerar el derecho desde una sola dimensión, desconociendo su naturaleza doble:

Para el no positivismo excluyente, el derecho necesariamente plantea una pretensión de corrección. [...] Esta pretensión de corrección es la fuente de una relación necesaria entre derecho y moralidad<sup>235</sup>

Para la segunda tesis, que Alexy denomina no positivismo *súper inclusivo*, la validez jurídica no se encuentra afectada de ningún modo por deficiencias morales. Es la tesis propuesta por John Finnis<sup>236</sup>.

Sostener esta tesis y al mismo tiempo no convertirse en positivista, requiere de algunas consideraciones con respecto a la naturaleza de la

---

<sup>234</sup> V. BEYLEVELD Derick y BROWNSWORD Roger, Human dignity in bioethics and bio law, (Oxford, 2001) Oxford University Press, pág. 76.

<sup>235</sup> V. ALEXY Robert, La naturaleza doble... óp. cit.

<sup>236</sup> John FINNIS (1940) jurista filósofo australiano egresado de la Universidad de Adelaida, agnóstico convertido al catolicismo en su juventud, hoy tomista, profesor de Derecho y Filosofía Moral en Oxford y en USA. Discípulo de Hart, es uno de los más reconocidos representantes del jus naturalismo en el mundo anglosajón. V. LEGARRE Santiago, John Finnis, La lucha por el verdadero derecho natural, ponencia presentada en las Jornadas Internacionales en homenaje a J. Finnis, Universidad Austral, 2005, disponible en [www.uca.edu.ar](http://www.uca.edu.ar) (18-10-2010)

conexión entre derecho y moral, en lo que refiere a la distinción entre conexiones clasificatorias y calificativas.

La conexión clasificatoria afirma que las normas oficialmente promulgadas y socialmente eficientes, que no logran satisfacer un criterio moral particular no son normas jurídicamente válidas. En el criterio no positivista excluyente, todas las deficiencias morales son clasificatorias.

Otra postura sostiene que aparte de la conexión clasificatoria existe una conexión cualitativa entre derecho y moral. La conexión calificativa o cualitativa considera que los efectos de las deficiencias morales se pueden limitar a una imperfección jurídica no equivalente a una pérdida de validez jurídica.

Finnis se refiere a esta última, al afirmar que el derecho injusto sigue siendo derecho a pesar de su injusticia, pero es, como derecho injusto, una norma jurídica deficiente:

Un derecho injusto no es derecho en el sentido central del término derecho, sino sólo [...] en el sentido secundario de ese término<sup>237</sup>

---

<sup>237</sup> V. FINNIS John, Natural law and natural rights, (Oxford, 1980) Clarendon Press, pág. 364.

Para la tercera tesis, las deficiencias morales afectan la validez jurídica solamente cuando traspasan el umbral de la injusticia extrema. En lo que no alcanza este umbral., las deficiencias morales son imperfecciones jurídicas. Es lo que Alexy denomina no positivismo *inclusivo*<sup>238</sup>.

Esta postura busca superar por un lado, la tesis de que *todas* las deficiencias morales concluyen en invalidez jurídica (Beyleveld y Brownsword) por considerar que contempla solamente la dimensión real del derecho; y por otro, la que supone que *ninguna* deficiencia moral concluye en invalidez jurídica (Finnis) por considerar que contempla solamente su dimensión fáctica.

La primera debe descartarse por excesiva idealización, la segunda por falta total de ella. Ambas podrían superarse mediante la fórmula de Radbruch<sup>239</sup>: “la injusticia extrema no es derecho” (que da inicio a este capítulo en la reformulación que de ella hace Robert Alexy):

---

<sup>238</sup> V. ALEXY Robert, La naturaleza doble..., óp. cit.

<sup>239</sup> RADBRUCH Gustav, (1878-1950) jurista filósofo y penalista alemán, en su obra Introducción a la filosofía del Derecho, postula que el derecho extremadamente injusto no es derecho, conocida como fórmula de Radbruch, que sirvió de fundamento al Tribunal Supremo Federal de Alemania para resolver las sentencias sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín V. RODRÍGUEZ GÓMEZ Edgardo, La idea del derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch, en Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y política, N° 6, 2007, disponible en [www.universitasidhbc.es](http://www.universitasidhbc.es) También CABRA APALATEGUI JOSÉ Manuel, El concepto de derecho y el argumento de la relevancia práctica, en DOXA, cuadernos de filosofía

Se le puede dar la siguiente versión sucinta a la fórmula de Radbruch: las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces, pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas<sup>240</sup>

Con referencia a la axiología de Radbruch, Vigo dice que:

Luego de un siglo XIX caracterizado por el entusiasmo desbordante y soberbio de la ciencia [...] en el siglo XX sonará en Europa el grito de volver a Kant [...] En Alemania básicamente la respuesta afirmativa a aquel llamado se dará en torno a dos escuelas: la de Marburgo [...] y la de Badén que

---

del derecho, 28, 2005, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com) (18-10-2010). Y VIGO Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho*, (de Radbruch a Alexy) (Buenos Aires, 2006) La Ley.

<sup>240</sup> V. ALEXY Robert, *Una defensa de la fórmula de Radbruch*, en Vigo Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho*, (Buenos Aires, 2006) La Ley, pág. 229.

girará en torno a los conceptos de valor y de cultura a través de las obras de [...] Radbruch<sup>241</sup>.

Alexy también otorga especial importancia a la relación entre derechos humanos y democracia. Sostiene que existen tres modelos: ingenuo, idealista y realista<sup>242</sup>.

Para el primer modelo, ambos coexisten sin límite alguno. Esta visión parece demasiado bella para ser verdad, porque parte del supuesto que no podría haber conflicto entre dos cosas buenas. Sin embargo, entre ellos el conflicto estará determinado por la limitación o la escasez.

Para el segundo modelo, la reconciliación entre derechos fundamentales y democracia no se halla en el mundo real sino que constituye el ideal de una sociedad bien ordenada. En este modelo rousseauiano el catálogo de derechos fundamentales representa un valor simbólico.

Para el tercer modelo, los derechos humanos y la democracia se caracterizan por dos constataciones opuestas:

---

<sup>241</sup> V. VIGO Rodolfo Luis, La axiología jurídica de Gustav Radbruch, en La injusticia extrema... óp. cit. pág. 1

<sup>242</sup> V. ALEXY Robert, Teoría del discurso y derechos humanos, trad. de Luis Villar Borda, Serie de teoría jurídica y derechos humanos N° 1, (Bogotá, 1995) Universidad del Externado de Colombia, pág. 61.

a.- Los derechos fundamentales son profundamente democráticos; y

b.- Los derechos fundamentales son profundamente anti democráticos.

Los derechos fundamentales son profundamente democráticos porque aseguran el desarrollo y la existencia de las personas gracias a la garantía de los derechos de libertad y de igualdad.

Los derechos fundamentales son profundamente anti democráticos porque desconfían del proceso democrático, privando de poder de decisión a la mayoría parlamentariamente legitimada.

Existen partidarios de un proceso democrático ilimitado como existen escépticos ante la democracia, para quienes hay un orden de cosas pre establecido que la democracia altera, y en consecuencia debe ser protegido con mayor intensidad de lo que actualmente lo hacen los derechos fundamentales.

Alexy entiende que la cuestión es hallar una vía media entre ambas posiciones extremas:

Los derechos humanos sólo pueden desenvolver su pleno vigor cuando se les garantiza a través de normas de derecho positivo, esto es, transformados en derecho positivo. [...]

puede por ende distinguirse en la fundamentación [...] entre un problema de forma y uno de contenido. En el de contenido se aborda la cuestión de cuáles derechos humanos son necesarios. En el problema de forma se afronta la necesidad de transformar este contenido en derecho positivo<sup>243</sup>.

En definitiva, la base de la respuesta de Alexy al positivismo, está en el argumento de la corrección. Para ello considera necesario distinguir dos miradas diferentes del derecho: una restringida y la otra integral.

En esa perspectiva, la primera buscará la respuesta en lo que ha sido promulgado de hecho y es socialmente efectivo, como una cuestión de hechos sociales.

La segunda en cambio, buscará la respuesta en lo que se considere *correctamente* que sea, lo que dependerá a su vez, no sólo de los hechos sociales, sino también de la corrección moral.

---

<sup>243</sup> V. ALEXY Robert, Teoría del discurso..., óp.cit. pág. 93.

En síntesis, para este autor los argumentos morales pertenecen a las condiciones de corrección de las proposiciones jurídicas<sup>244</sup> y orientan lo que el derecho debería ser, hacia lo que el derecho es:

La primera tesis compartida por la teoría trialista de Goldsmichdt y la teoría no positivista de Alexy es la referida al carácter complejo y tridimensional del derecho. [...] no resulta desacertado afirmar que ambas perspectivas constituyen ejemplos claros de teorías jurídicas integrativistas<sup>245</sup>

Y también que:

---

<sup>244</sup> Siguiendo a Ronald Dworkin, quien emplea la expresión “condiciones de verdad”, en vez de condiciones de corrección. V. ALEXY Robert, La naturaleza doble..., óp. cit.

<sup>245</sup> V. DABOVE MARÍA, NAWOJCZYK Érica y BARBERO Daniel, Werner Goldschmidt y Robert Alexy, Corsi e ricorsi del integrativismo jurídico, en CIURO CALDANI M.A. coord.. Dos filosofías del derecho argentinas anticipatorias, óp. cit. pág. 49.

Goldschmidt y Alexy no se conocieron, no compartieron generación, ni el contexto cultural, aún cuando se hallaban unidos por un mismo origen. Sin embargo no es osado decir que el maestro rosarino suscribiría [...] las palabras de Alexy cuando dice...<sup>246</sup>: el derecho consiste en tres elementos. 1) la legalidad en conformidad con el ordenamiento 2) la eficacia social y 3) la corrección en cuanto al contenido<sup>247</sup>

#### *A.4.8) R. Alexy y la ponderación*

El uso de la palabra “ponderación” constituye obviamente una metáfora. La imagen metafórica evoca una balanza en la que las distintas normas son “pesadas”; y la decisión final dependerá del “peso” que tenga cada uno de los principios en las circunstancias del caso a decidir: prevalecerá la solución establecida por aquel principio de mayor “peso”, ya que habrá inclinado la balanza a su favor<sup>248</sup>.

---

<sup>246</sup> V. DABOVE María I., Werner Goldschmidt...óp. cit. pág. 60.

<sup>247</sup> V. ATIENZA Manuel, Entrevista...óp. cit.

<sup>248</sup> V. MARTÍNEZ ZORRILLA David, Metodología jurídica y argumentación, (Madrid, 2010) Marcial Pons, Pág. 129 y ss.

Naturalmente, en sentido estricto las normas no son objetos físicos y por tanto no tienen peso, pero la metáfora es útil en la medida en que sugiere que no todos los elementos en conflicto tienen el mismo grado de importancia en un caso dado, y que la respuesta se decanta hacia el lado de la norma que, en las circunstancias del caso a decidir, tiene una mayor relevancia o importancia.

De ese modo, puede afirmarse que en la doctrina y la jurisprudencia existe un consenso bastante amplio sobre lo que podríamos denominar como el “núcleo conceptual mínimo” de la ponderación. Según este núcleo mínimo, la ponderación consistiría en la atribución de un determinado nivel de “peso” o “importancia” a cada uno de los elementos en conflicto en las circunstancias del caso a decidir (no en abstracto), que determina cuál de estos elementos “vence” sobre el otro (u otros) y resuelve el caso.

Más allá de este núcleo mínimo, sin embargo, se plantean muchas discrepancias entre los autores; además, tales discrepancias giran en torno a aspectos centrales y no meramente secundarios. Así, una primera división puede establecerse entre quienes conciben la ponderación como una actividad racional y quienes la entienden como una actividad discrecional no sujeta a los parámetros de control racional. Dentro de este último grupo, a su vez, podemos encontrar autores para quienes la determinación de la respuesta correcta es una especie de *percepción* o acto de *descubrimiento* guiado por una especie de *sentido* de la corrección moral, que nos guía

hacia la respuesta correcta (intuicionismo), y autores que adoptan un punto de vista escéptico, afirmando que la ponderación consiste en un simple ejercicio discrecional de las preferencias personales del intérprete/decisor (escepticismo).

Por el otro lado, para muchos otros la ponderación es un procedimiento racional (o puede reconstruirse y llevarse a cabo como un procedimiento racional, y por tanto sujeto a las exigencias y parámetros de la justificación racional). En este grupo también es posible realizar al menos otra división ulterior. La práctica totalidad de autores que hablan de la ponderación insisten en que se trata de un procedimiento que afecta al “caso concreto” (normalmente objeto de una controversia judicial). Pero la expresión “caso concreto” es ambigua, del mismo modo que lo es la palabra “caso”: puede referirse a un *caso individual* o a un *caso genérico*. En esta última posibilidad, los casos “concretos” suelen ser mucho más específicos o delimitados que los que habitualmente encontramos en los antecedentes de hecho de las normas jurídicas, pero el aspecto relevante es que, al estar determinado por propiedades, la solución ofrecida por la ponderación a ese caso (concreto pero genérico) será en principio aplicable a cualquier otro caso individual posterior que comparta las mismas propiedades (es decir, que sea subsumible en el mismo caso genérico). Por tanto, podemos distinguir entre quienes sostienen que la ponderación da respuesta a un caso individual en sentido estricto, y por tanto la solución no es extrapolable a

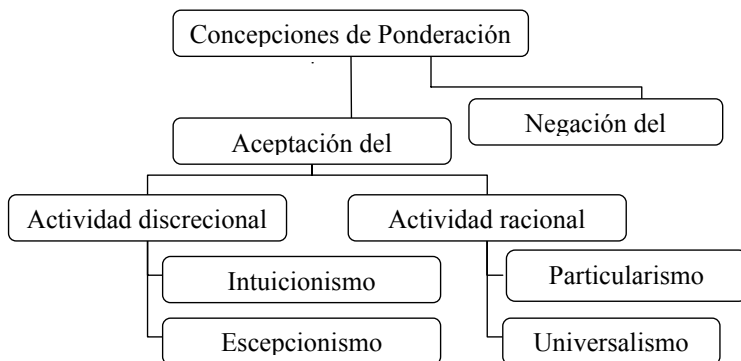
ningún otro conflicto, aunque la situación sea muy similar (particularismo), y quienes entienden que la ponderación da respuesta a un caso genérico (aunque sea muy específico o concreto), de modo que la solución será la misma para cualquier otro caso de conflicto que comparta las mismas propiedades (universalismo).

Por último, hay que tener en cuenta que, hay también autores para quienes los conflictos son sólo aparentes y no auténticos, y para éstos la ponderación sería, en el mejor de los casos, un procedimiento para ayudar a delimitar de modo más preciso el ámbito de aplicación de cada derecho o principio implicado (que nunca colisionan entre sí); y en el peor de los casos, se trataría de una actividad disruptora que daría entrada a la pura arbitrariedad del intérprete/decisor.

En síntesis y siguiendo el criterio expuesto por Martínez Zorrilla, podría establecerse el siguiente esquema de clasificación de las distintas concepciones de la ponderación<sup>249</sup>:

---

<sup>249</sup> V. MARTÍNEZ ZORRILLA David, Metodología ....., óp., cit., pág. 155.



De todas ellas, muy probablemente la concepción universalista ha sido la que ha tenido un mayor y más pormenorizado desarrollo teórico, por lo que nos centraremos en ella.

Desde una óptica universalista, la ponderación es un procedimiento que va más allá del estricto caso individual a resolver, y concibe los casos individuales de conflicto constitucional como ejemplos o manifestaciones de casos genéticos, con lo que el razonamiento realizado y la solución del conflicto pueden extrapolarse al resto de conflictos que resulten subsumibles en el mismo caso genérico. Por esta razón, la concepción universalista parece la más interesante desde el punto de vista de la racionalidad del proceso y la previsibilidad del resultado.

En su *Teoría de Derechos Fundamentales*, Robert Alexy sostiene que cuando se produce un conflicto entre principios (como por ejemplo, entre la libertad de expresión y el derecho al honor), éste se resuelve mediante el establecimiento de una *relación de precedencia* entre ambos (es decir, un elemento precede al otro). Ahora bien, existen dos modos posibles de establecer una relación de precedencia: en primer lugar, puede ser una *precedencia incondicionada*, de manera que uno de los elementos de la relación siempre precede o es preferido al otro, y la relación de precedencia también puede establecerse de forma *condicionada*, esto es, diciendo que un principio precede al otro bajo ciertas circunstancias.

Según el profesor alemán, en la ponderación se establece una relación de precedencia condicionada, y no una relación de precedencia absoluta o incondicionada, que conduciría de hecho a un orden jerárquico absoluto entre principios (por ejemplo, colocando siempre la libertad de información por encima del derecho al honor). En cambio, que la relación sea condicionada significa que en ciertas circunstancias (por ejemplo cuando la información es de relevancia pública por referirse a un funcionario en el ejercicio de su cargo), uno de los principios (el derecho a la información) precede al otro (derecho al honor), pero esto no significa que uno de los derechos sea superior al otro, porque bajo otras circunstancias (por ejemplo, cuando la información carece de relevancia pública o es

manifiestamente injuriosa), el derecho al honor puede preceder a la libertad de información.

El establecimiento de una relación de precedencia condicionada entre los dos elementos en conflicto conduce, según Alexy, a la formulación de una *regla*.

Las reglas así obtenidas a partir del establecimiento de relaciones de precedencia condicionada pasan a ser, en palabras de Alexy, “normas de derecho fundamental adscriptas”, ya que, por así decirlo, pasan a “incorporarse” al principio constitucional correspondiente y permiten que posteriores casos en los que se den las circunstancias sean resueltos a través de un procedimiento subsuntivo, como ocurre con la aplicación de cualquier regla. Por esa razón, todos los casos futuros de colisión entre los mismos principios que resulten similares (es decir, que compartan las circunstancias que definen el caso genérico), serán resueltos del mismo modo.

La aportación teórica de Alexy es sin lugar a dudas muy valiosa, y no en vano este autor es ampliamente considerado como una referencia en el ámbito de la ponderación, y fue el primer autor que realizó un análisis profundo y riguroso sobre este tema.

Cabe aclarar que además de los aspectos conceptual y metodológico, todavía es posible distinguir al menos otro ámbito en el análisis de la

ponderación: el de las pautas, criterios, normas o exigencias que deben seguirse en el proceso para que el resultado obtenido pueda considerarse justo, correcto, o al menos aceptable o razonable desde el punto de vista sustantivo.

Hemos visto que la concepción universalista de la ponderación, al ofrecer reglas que permiten resolver no sólo el caso individual en disputa, sino también todos aquellos otros supuestos que compartan las mismas propiedades relevantes, resulta atractivo desde el punto de vista de la seguridad jurídica y la previsibilidad y racionalidad de la decisión. Pero no se trata tan sólo de que contemos con un conjunto de reglas que nos permitan resolver de manera clara y unívoca todos los casos de conflicto; además, estas reglas deben dar lugar a resultados adecuados (o al menos, aceptables) desde el punto de vista de su justicia o corrección sustantiva. Por tanto no vale cualquier tipo de regla o criterio para tomar una decisión. Es por esa razón que la mayoría de nosotros consideramos razonable que se dé prioridad a la libertad de información si ésta es veraz y de relevancia pública, o que se proteja el honor del afectado cuando se utilizan expresiones insultantes o injuriosas, pero no veríamos justificable, por ejemplo, que se diera prioridad a la libertad de expresión cuando la sentencia se dictara en los días pares, y que prevaleciera el derecho al honor cuando la sentencia se dictase en los días impares, a pesar de que de esa

manera contaríamos también con unas normas claras que determinarían clara y unívocamente la respuesta a todos los casos de conflicto.

Para guiar el proceso de ponderación en vistas a obtener un resultado correcto y satisfactorio, tanto la jurisprudencia como la doctrina suelen basarse en lo que se conoce como el *principio de proporcionalidad*. Pero además del principio de proporcionalidad, será interesante aproximarse, también muy brevemente, a otras alternativas propuestas, en especial al modelo desarrollado por Susan Hurley<sup>250</sup>.

Con este nombre se hace referencia básicamente a una reconstrucción teórica de los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional alemán a la hora de enjuiciar tanto las ponderaciones realizadas por el legislador a través de la aprobación de las leyes (para determinar así su constitucionalidad), como a la hora de tomar decisiones en las controversias entre particulares. Probablemente la elaboración más completa y teóricamente refinada de esta teoría normativa se encuentra, de nuevo, en la obra de Alexy.

---

<sup>250</sup> V. HURLEY Susan Lynn (1957-2007) profesora de Filosofía en la Universidad de Bristol, dedicada especialmente a investigar sobre filosofía jurídica y política y en su última etapa, sobre filosofía de la mente y las neurociencias. En su obra “Conciencia en acción” (1998) afirma que no hay razón para suponer que la mente está organizada necesariamente de manera vertical modular y considera que hay razones para creer que se organiza de manera diferente. Sostiene que una arquitectura modular horizontal como la que propone, podría favorecer el desarrollo de actividades cognitivas sociales. Pueden verse sus trabajos en la página web de la UniversidadeBristol:[http://translate.google.com.ar/translate?hl=es&sl=en&u=http://www.bristol.ac.uk/philosophy/departament/staff/sh.html&ei=9wjTeWHJrSN0QG6I52QBQ&sa=X&oi=translate&ct=result&resnum=2&ved=0CC8Q7gEwAQ&prev=/search%3Fq%3Dsusan%2Bhurley%26hl%3Des%26sa%3DG%26rlz%3D1R2WZPC\\_esAR402%26prmd%3Divnso](http://translate.google.com.ar/translate?hl=es&sl=en&u=http://www.bristol.ac.uk/philosophy/departament/staff/sh.html&ei=9wjTeWHJrSN0QG6I52QBQ&sa=X&oi=translate&ct=result&resnum=2&ved=0CC8Q7gEwAQ&prev=/search%3Fq%3Dsusan%2Bhurley%26hl%3Des%26sa%3DG%26rlz%3D1R2WZPC_esAR402%26prmd%3Divnso) (09-04-2011)

La profesora Susan Hurley desarrolló, en alguna de sus obras, un procedimiento para la toma de decisiones en el ámbito de la racionalidad práctica (fundamentalmente en el ámbito moral, pero también puede usarse en el jurídico) muy sofisticado y especialmente indicado para fundamentar racionalmente las decisiones en caso de conflicto (cuando distintas normas, principios, razones, etc. Apoyan soluciones distintas e incompatibles, como ocurre en los supuestos de conflicto constitucional).

A diferencia del principio de proporcionalidad, no se trata de una reconstrucción teórica de lo que, de hecho, realizan los tribunales a la hora de tomar y fundamentar sus decisiones, sino que se trata de un modelo estrictamente académico. Sin embargo, es una alternativa muy interesante al principio de proporcionalidad y merece ser tenida en consideración.

Como se trata de un modelo de gran complejidad, basado además en una compleja teoría filosófica acerca de la razón práctica (el *coheretismo*), nos limitaremos simplemente a ver algunos aspectos básicos y centrales de manera esquemática.

De acuerdo con la perspectiva de Susan Hurley, a través de la deliberación se intenta hallar la teoría que dé mejor cuenta de las relaciones entre las razones (normas, principios) que apoyan a cada una de las alternativas en conflicto. La respuesta correcta o justificada del conflicto será aquella que resulte favorecida por dicha teoría. El principal problema consiste por tanto en la elaboración o descubrimiento de esa mejor teoría,

para lo cual el aspecto fundamental es la deliberación. La deliberación consiste en un proceso de construcción de hipótesis que permitan pasar de las ordenaciones entre alternativas establecidas por cada una de las razones en conflicto (que son incompatibles) a una ordenación definitiva, que determinará la respuesta del caso. En este proceso deliberativo, a fin de determinar cuál es la importancia relativa dentro del caso a decidir de cada una de las razones conflictivas, ocupa un destacado lugar el análisis de casos paradigmáticos reales e hipotéticos en donde operan esas mismas razones. Que un caso tenga la calificación de “paradigmático” depende de que exista un amplio consenso acerca de su resolución.

El proceso deliberativo es diseñado por Hurley en forma de *cinco etapas* consecutivas:

- 1) La *primera etapa* consiste en la especificación del problema.
- 2) La *segunda etapa* consiste en un examen más detenido de las razones en juego, intentando determinar más concretamente el propósito (cometido, fundamento) de cada razón, con el fin de ayudarnos a determinar mejor la importancia que tiene cada una de las razones en el caso a decidir.
- 3) En la *tercera etapa* se analizan otras situaciones, reales (asuntos ya decididos) o hipotéticos (experimentos mentales) en las que resulten aplicables las mismas razones que las del caso a decidir, y que tengan la consideración de “casos paradigmáticos”, esto es, de situaciones cuya solución resulte clara o evidente y sobre la cual exista un amplio consenso.

También tienen la consideración de “paradigmáticos” aquellos casos cuya respuesta haya establecido una jurisprudencia consolidada o de seguimiento obligatorio por los demás órganos.

4) La *cuarta etapa* constituiría el núcleo central del proceso deliberativo. En ella se elaboran hipótesis teóricas acerca de los fundamentos de las soluciones de los casos paradigmáticos seleccionados en la etapa anterior. Tales hipótesis intentan determinar qué circunstancias o propiedades específicas de tales casos son las que contribuyen a incrementar o disminuir el “peso” o importancia de cada una de las razones en conflicto en relación con las demás.

5) Por último, en la quinta etapa, se determinan las consecuencias que la mejor de las hipótesis obtenida en la etapa anterior conlleva para el caso en cuestión que debe ser resuelto (en otras palabras, cuál de las alternativas en conflicto tiene prevalencia en el caso a decidir, de acuerdo con la mejor teoría).

#### *A.4.9) G. Zagrebelsky y la ductilidad constitucional*

Gustavo Zagrebelsky<sup>251</sup> plantea que el principio de legalidad no es garantía suficiente para la libertad, porque es preciso dar a los derechos un fundamento más sólido que el proporcionado por la ley estatal<sup>252</sup>. Para tal fin, es necesario un anclaje indestructible, indisponible, situado por encima de la legalidad positiva y del principio democrático, pues las mayorías pueden volverse contra los derechos y la dignidad humanas, como ocurrió cuando los votantes alemanes elevaron democráticamente a los nazis al poder:

---

<sup>251</sup> ZAGREBELSKY Gustavo, profesor de Derecho constitucional de la Universidad de Turín y Juez de la Corte constitucional italiana. V. CARBONELL Miguel, Gustavo Zagrebelsky, juez constitucional, en Estudios constitucionales, año 6, N°2, 2008, disponible en [www.scielo.cl](http://www.scielo.cl) (18-10-2010)

<sup>252</sup> V. ZAGREBELSKY Gustavo, El derecho dúctil: ley, derechos, justicia, trad. de M Gascón, (Madrid, 1995) Trotta, pág. 23. También en PÉREZ LUÑO Antonio, Estado de derecho y derechos fundamentales, en Derechos humanos y constitucionalismo, (Madrid, 2003) Tecnos, pág. 222.

El derecho debía recuperar algo de indiscutible, algo que pudiera tomarse como punto de partida natural y no controvertido, del que nadie pudiera separarse<sup>253</sup>

Para este autor la solución propuesta se aparta tanto de la tradición estatal del Estado de Derecho decimonónico, como de las distintas tradiciones que se comprenden bajo el nombre de jus naturalismo:

Los principios establecidos por la Constitución, no son desde luego, derecho natural, pues no se les considera extraíbles de un orden objetivo, intangible para la voluntad humana: los derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución es, por definición, una creación política<sup>254</sup>

---

<sup>253</sup> V. ZAGREBELSKY Gustavo, óp. cit. pág. 68.

<sup>254</sup> V. ZAGREBELSKY Gustavo, óp. cit. pág. 114.

Sin embargo, considera que aunque los principios constitucionales no sean derecho natural sino más bien una manifestación elevada de derecho positivo, su aplicación reconoce una cierta *jus naturalización* en el sentido de superación del reduccionismo normativista, con mayores niveles de ponderación y de argumentación jurídica:

La ductilidad jurídica se traduce en la huída de los dogmas, para convertir las constituciones en textos abiertos (la textura abierta del derecho de la que hablaba Hart) donde los diferentes valores, incluso los heterogéneos, puedan coexistir en pacífica armonía [...] Es claramente una decidida apuesta por el pluralismo jurídico, a lo que ayudaría asimismo una dogmática, fluida o líquida, complemento indispensable de lo anterior<sup>255</sup>

---

<sup>255</sup> V. ZAGREBELSKY Gustavo, *El derecho...* óp. cit. pág. 419. También LARIGUET Guillermo, *Conflictos trágicos y ponderación constitucional, en torno a algunas ideas de Gustavo Zagrebelsky y Riccardo Guastini*, disponible en [www.dirittoequestionipubblce.org](http://www.dirittoequestionipubblce.org) (18-10-2010)

En este sentido, el autor afirma que la interpretación de la Constitución adquiere mayor alcance de filosofía del derecho y el juez de Dworkin (Hércules) está obligado al diseño de una teoría constitucional en sus decisiones.<sup>256</sup>

Sostiene que la coexistencia de valores y principios sobre los que necesariamente debe basarse una Constitución, exige que éstos no se asuman con carácter absoluto sino compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente reconoce carácter absoluto al meta valor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de valores y la lealtad en su enfrentamiento.

En consecuencia, ese estado de situación que denomina *ductilidad constitucional*, se basa en la coexistencia y el compromiso<sup>257</sup>.

Así, la visión implícita en esta idea es la de integración o inclusión mediante redes de valores y procedimientos comunicativos, presentada como una perspectiva no catastrófica de la política y del sistema jurídico, en el escenario post moderno.

---

<sup>256</sup> V. ZAGREBELSKY Gustavo, óp. cit. pág. 116.

<sup>257</sup> V. RUÍZ MOLLEDA Juan Carlos y RIVERA PAZ Carlos, Zagrebelsky: Una introducción al funcionamiento del sistema de justicia del Perú, (Lima, 2007) Pontificia Universidad Católica del Perú, disponible en [www.catedrajudicial.blogspot.com](http://www.catedrajudicial.blogspot.com) (20-10-2010)

#### *A.4.10) L. Ferrajoli y el garantismo*

Luigi Ferrajoli<sup>258</sup> parte de considerar que el sentido común de pertenencia a la Constitución, la unificación política y la afirmación jurídica del principio de igualdad, están íntimamente ligados.

También sostiene que la efectividad de cualquier constitución supone un mínimo de homogeneidad cultural y pre política<sup>259</sup>.

Considera que es sobre la igualdad en los derechos como garantía de tutela de todas las diferencias, que madura la percepción de los demás como iguales y de ese modo, se afianzan el sentido de pertenencia y la identidad colectiva de una comunidad:

---

<sup>258</sup> FERRAJOLI Luigi (1940) jurista italiano, que se desempeñó como juez e integró un grupo denominado Magistratura democrática. Profesor de Derecho y Filosofía en las Universidades de Camerino y Roma. Es uno de los principales exponentes del garantismo jurídico, que desarrolló inicialmente en el ámbito del derecho penal, pero que en general considera aplicable a todos los derechos fundamentales. En su obra Derecho y razón. Teoría del garantismo penal (Madrid, 2004) Trotta, pág. 871, se define como un positivista crítico. V. biografía Una vida por el garantismo, disponible en [www.pagina12.com.ar](http://www.pagina12.com.ar) (19-10-2010) También PISARELLO Gerardo y SURIANO Ramón, Entrevista a Luigi Ferrajoli, en Isonomía, N° 9, 1998, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com) (19-10-2010)

<sup>259</sup> V. FERRAJOLI Luigi, Pasado y futuro del Estado de Derecho, trad. de Pilar Allegre, en Neo constitucionalismo (s) óp. cit. pág. 28.

Se puede afirmar que la igualdad y la garantía de los derechos son condiciones no sólo necesarias sino también suficientes para la formación de la única identidad colectiva que vale la pena perseguir: la que se funda en el respeto recíproco<sup>260</sup>

Bajo esta premisa afirma que existen dos modelos de Estado de Derecho diferentes, que es necesario distinguir. Por un lado, en sentido lato, débil o formal, es cualquier ordenamiento en que los poderes públicos son conferidos por ley y ejercitados conforme a los procedimientos establecidos:

En este sentido, correspondiente al uso alemán del término *rechtsstaat*, son [...] todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más anti liberales en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal<sup>261</sup>

---

<sup>260</sup> V. FERRAJOLI Luigi, óp. cit. pág. 29.

<sup>261</sup> V. FERRAJOLI Luigi, óp. cit. pág. 13.

Por otro lado, en sentido fuerte y sustancial, la expresión designa solamente a aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están sujetos a la ley y limitados a ella más allá de las formas, esto es, en sus contenidos. En este sentido, son Estados de Derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están constreñidos por principios constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales:

El paradigma constitucional equivale en el plano teórico, al sistema de límites y vínculos sustanciales, cualquiera que éstos sean, impuestos a la totalidad de los poderes públicos por normas de grado jerárquicamente superior a las producidas por su ejercicio. [...] Es precisamente su carácter formal y por tanto contingente [...] donde reside a mi entender su innegable y no opinable fuerza vinculante<sup>262</sup>.

---

<sup>262</sup> V. FERRAJOLI Luigi, Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia, trad. de Andrea Greppi, (Madrid, 2006) Trotta, pág. 42.

Sostiene que los dos modelos descriptos de Estado de Derecho, se encuentran en crisis, que se manifiesta como una regresión a un derecho jurisprudencial de tipo pre moderno y se traduce tanto en el colapso de la capacidad reguladora de la ley y el retorno al papel creativo de la jurisdicción por un lado; como en la pérdida de coherencia de las fuentes y la superposición de los ordenamientos<sup>263</sup>.

La crisis afecta al principio de legalidad, que es la norma de reconocimiento propia del Estado legislativo de derecho, y también al papel garantista de la Constitución que es el rasgo distintivo del Estado constitucional de derecho.

En el primer caso, esta crisis se manifiesta en las leyes, cada vez más numerosas y oscuras, enredadas y tortuosas, donde la racionalidad de la ley que Hobbes había contrapuesto a la sabiduría de los jueces desordenados del antiguo derecho común, quedó disuelta por una legislación aún más desordenada que la que vino a remediar. Más cercana al antiguo modelo pre moderno que al de eficiencia y certeza que pregonaban.

En el segundo caso, esta crisis se manifiesta en el proceso de integración europea, alterando la estructura constitucional de las democracias nacionales y situando fuera de sus límites gran parte de las decisiones y de

---

<sup>263</sup> V. FERRAJOLI Luigi, óp. cit. pág. 20.

las fuentes normativas, desarrollando un incierto derecho comunitario jurisprudencial y regresando al pluralismo y superposición del derecho pre moderno.

En consecuencia, la crisis afecta las expresiones como *principio de legalidad* o *reserva de ley*, de tal forma que cada vez ellas tienen menos sentido<sup>264</sup>.

Considera finalmente que la transición hacia un fortalecimiento y no una disolución del Estado de Derecho, dependerá en gran medida, de la refundación de la legalidad en respuesta a los desafíos planteados por las crisis:

La circunstancia de que las constituciones incorporen derechos fundamentales que consideramos y reivindicamos como justos es un hecho [...] absolutamente contingente, y por tanto, no afecta al concepto de derecho [...] Sólo de esta forma es posible salvaguardar la [...] primacía del punto de vista externo de la moral y la política [...] y que de lo contrario,

---

<sup>264</sup> V. FERRAJOLI Luigi, Neo constitucionalismo (s) óp. cit. pág. 21.

quedaría desvirtuado en su asimilación a los valores constitucionales contingentemente positivizados<sup>265</sup>.

#### *A.4.11) C. Nino y la pluralidad de conceptos sobre el derecho*

Carlos Santiago Nino<sup>266</sup> es considerado representante de la segunda generación de la Escuela de Buenos Aires, especialmente interesado en los problemas de la violación de la democracia y de los derechos humanos en Sudamérica y en el resto del mundo.

Nino parte de la distinción que realizan Norberto Bobbio y de Alf Ross entre positivismo metodológico o positivismo sin más – para el que el Derecho podría ser identificado como un hecho y estudiado sin que intervengan juicios de valor – y positivismo ideológico o cuasi–

---

<sup>265</sup> V. FERRAJOLI Luigi, Garantismo..., óp. cit. pág. 31.

<sup>266</sup> NINO Carlos Santiago (1943-1993) jurista filósofo argentino que adquirió gran notoriedad académica en la segunda mitad del siglo XX. Graduado en la UBA y doctorado en Oxford, fue profesor de Filosofía e Introducción al Derecho en la UBA e investigador del CONICET. En la década de 1980 incursionó en la política siendo asesor de Derechos humanos de la Presidencia de la Nación y Coordinador del Consejo para la consolidación de la democracia. Como docente, participó en 1985 de la reforma al arcaico plan de estudios de la Facultad de derecho de la UBA, siendo uno de sus principales autores. Entre sus obras más reconocidas figuran Ética y Derechos humanos, (Buenos Aires, 1983) Paidós; El constructivismo ético, (Madrid, 1989) Centro de Estudios constitucionales, Un país al margen de la ley (Buenos Aires, 1992) Emecé. Fue convocado para trabajar en la reforma constitucional boliviana, país donde lo sorprendió la muerte en plena tarea.

positivismo, que considera que el Derecho, identificado como un hecho, sería intrínsecamente obligatorio<sup>267</sup>

La originalidad del planteamiento de Nino consiste precisamente en confrontar iuspositivismo metodológico e ideológico de la siguiente manera: el Derecho, como hecho, no podría ser concebido intrínsecamente obligatorio sin violar la ley de Hume, es decir, sin pasar injustificadamente de una descripción a una prescripción.

Partiendo de esta idea central, construye su teorema fundamental:

El Derecho, en cuanto hecho, sólo pueda considerarse obligatorio si está justificado, o sea, si está apoyado en principios morales<sup>268</sup>.

Dicho en otros términos, el Derecho no podría proporcionar justificaciones autónomas para actuar, ni siquiera justificar su propia

---

<sup>267</sup> V. BARBERIS Mauro, Neo constitucionalismo, democracia e imperialismo en la moral, en Neo constitucionalismo (s), óp. cit., pág. 264.

<sup>268</sup> V. NINO Carlos, Introducción al análisis del Derecho, 2º ed., 13º reimpresión, (Buenos Aires, 2005) Astrea, pág., 1.

obligatoriedad: la única justificación de la obligatoriedad del Derecho se debe, en última instancia, a su conformidad con la moral.

Se adhiere evidentemente a una versión fuerte de la tesis del caso especial (*Sonderfallthese*) de Robert Alexy para quien el razonamiento jurídico, no sólo sería un caso especial del razonamiento *práctico* –posición de por sí todavía compatible con la tesis iuspositivistas de la separación– sino también de razonamiento *moral*.<sup>269</sup>

Si bien Nino puede considerarse un representante del constitucionalismo, pues, al igual que otros –como Dworkin y Alexy– pretende haber superado la tesis iuspositivista de la separación entre Derecho y moral y sostiene que se produce una conexión necesaria entre ambos; se distingue al mismo tiempo de otros neoconstitucionalistas en cuanto concibe de manera diferente esta conexión.

En la tradición jus naturalista, y en la de otros autores que se adscriben al neo constitucionalismo, dicha conexión está referida a la identificación del concepto, de tal modo que no se podría definir el Derecho sin hacer referencia a la moral.

Nino considera, en cambio, que pueden manejarse diferentes conceptos de Derecho no necesariamente conectados con la moral, de modo que la

---

<sup>269</sup> V. ALEXY Robert, Teoría de la argumentación jurídica, (Milán, 1998) Giuffrè, pág. 169

conexión necesaria se produciría sólo en otros niveles, en particular en el de la justificación y en el de la interpretación del Derecho<sup>270</sup>

Con respecto a la conexión justificativa – por la cual una norma o una decisión jurídica sería justificada y obligatoria sólo si en última instancia se acomodan a la moral – Nino se pregunta si el Derecho no podría considerarse moralmente superfluo:

Si sólo la moral puede justificar la obligatoriedad del Derecho, ¿por qué no recurrir directa y exclusivamente a la primera?<sup>271</sup>

En la respuesta, defiende la existencia de al menos un tipo de Derecho que no podría considerarse moralmente superfluo: el Derecho producido por el legislador elegido democráticamente.

---

<sup>270</sup> V. NINO Carlos Santiago, Derecho, moral y política, una revisión de la teoría general del derecho, (Barcelona, 1994) Ariel, pág. 15.

<sup>271</sup> V. NINO Carlos Santiago, Derecho...., óp. cit. pág. 110.

Este Derecho tendría una obligatoriedad no directamente moral, sino puramente epistémica: proporcionaría razones para *creer* que las normas dictadas por la autoridad democrática derivan de principios morales válidos<sup>272</sup>

La discusión democrática aparecería de esta forma, como el único procedimiento capaz de establecer los principios morales, mediante la discusión entre todos los interesados:

La conclusión a la que llega Nino es que si partimos de que el concepto de derecho surge de estipulaciones y prácticas que tienen en cuenta las necesidades del discurso en el que ese concepto se emplea, entonces inmediatamente constatamos que puede haber una pluralidad de conceptos [...] Este relativismo conceptual en opinión de nuestro autor, nos permitirá satisfacer las necesidades de los discursos de la *heterogénea clientela* de la filosofía del derecho<sup>273</sup>

---

<sup>272</sup> V. BARBERIS Mauro, Neo constitucionalismo..., óp. cit. pág. 266.

<sup>273</sup> V. ROCA PÉREZ, Victoria, Derecho y razonamiento práctico en Carlos Nino, disponible en [www.rua.ua.es](http://www.rua.ua.es) (01-10-2010)

Nino pone de manifiesto la concepción de la democracia que él comparte con otros neoconstitucionalistas – aquella que ya se denomina comúnmente concepción deliberativa, en oposición a la agregativa, profundizando en sus relaciones con el constitucionalismo.

Crítica la tesis según la cual la democracia precedería lógica o históricamente al constitucionalismo, de modo que también podrían aparecer democracias no constitucionales, sosteniendo en cambio que la primera sigue al segundo: la democracia, por tanto, propiamente sólo podría afirmarse en contextos socio-políticos en donde ya hubiera existido una consolidada tradición constitucionalista.

Junto a esta tesis de la prioridad del constitucionalismo sobre la democracia – que suena mas bien liberal, en vez de estrictamente democrática—Nino sostiene sin embargo una concepción muy exigente de la democracia.

Después de haber citado con aprobación la observación de Sartori según la cual el concepto de democracia no es solo cognoscitivo sino también normativo, acaba por descuidar completamente los aspectos cognoscitivos y por establecer una concepción puramente normativa, cuya dimensión jurídica y política termina siendo absorbida en la dimensión moral<sup>274</sup>.

---

<sup>274</sup> V. BARBERIS Mauro, Neo constitucionalismo... óp. cit., pág. 267.

Nino hace propia - no una concepción agregativa de la democracia, para la cual ésta debe limitarse a garantizar los intereses humanos como son de hecho-- sino una concepción deliberativa. En virtud de ella, considera un tipo de concepción transversal, donde la democracia debería orientarse a cambiar (para mejor) los intereses y las opiniones humanos, si no a los hombres mismos – a través de la discusión.

Para algunos<sup>275</sup>, se podría afirmar que la concepción democrática de Nino es “extrema” y conlleva una solución jacobina.

Además de subrayar insistentemente que la mayoría no tiene siempre razón, Nino distingue rigurosamente su planteamiento de las tesis perfeccionistas o rousseauianas:

Acaba así por colocarse a medio camino entre el enfoque “monológico” de Rawls rechazado por ser demasiado elitista y la aproximación “dialógica” de Jorgen Habermas, desestimada por ser demasiado populista<sup>276</sup>.

---

<sup>275</sup> V. BARBERIS Mauro, *Neo constitucionalismo...*, óp. cit. pág. 267.

<sup>276</sup> V. BARBERIS Mauro, *Neo constitucionalismo...*, óp. cit., pág. 268.

En el último capítulo de *The Constitution of Deliberative Democracy*<sup>277</sup>, Nino debe reconocer que el control de constitucionalidad puede entrar en conflicto con una teoría coherentemente deliberativa de la democracia.

Sostiene que la democracia deliberativa debería privilegiar los procedimientos de acuerdo con el ideal de la participación de todos en la toma de decisiones; así, debería preferir la democracia directa y el referéndum a la democracia representativa, y además el sistema electoral proporcional frente al mayoritario.

De hecho, el control de constitucionalidad viene admitido solo a título de excepción y exclusivamente para conseguir tres fines, de los cuales el mas importante consiste precisamente en la tutela de las condiciones del proceso democrático.

Esta actitud crítica en el examen del control de constitucionalidad no es ciertamente exclusiva de Nino, pues a partir del debate constitucional estadounidense parece extenderse.

---

<sup>277</sup> V. NINO Carlos Santiago, La constitución de la democracia deliberativa, (Barcelona, 1997) Gedisa. V. también MONTERO Julio, La concepción de la democracia deliberativa de C Nino: populismo moral o elitismo epistemológico?, Doxa, cuadernos de Filosofía del derecho, N° 29, 2006, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com) ( 19-10-2010)

Sin embargo, esta postura constituye una consecuencia original de la posición del autor argentino, al menos en el seno de la literatura del neo constitucionalismo

Nino no solo pone de relieve el conflicto entre democracia y control de constitucionalidad, sino que, debiendo elegir entre uno y otro, no duda en tomar partido por la democracia<sup>278</sup>.

La concepción deliberativa de la democracia adoptada por Nino acepta que los intereses y las opiniones humanas no sólo los hombres mismos, no son inmodificables, ya que se forman en el seno de instituciones que pueden contribuir a cambiarlos para mejorar o no la situación pre existente.

Nino, también parece sostener que la democracia deliberativa puede llegar a ser un modo eficaz para afianzar las instituciones democráticas allí donde aun son frágiles, como sucede en los países de América Latina.

Respecto de ella, resultan elocuentes sus palabras iniciales a su obra *Un país al margen de la Ley*:

Durante toda mi vida de trabajo he lidiado con normas en una forma bastante abstracta. He pensado que sería un tributo a mi

---

<sup>278</sup> V. MENÉNDEZ José Agustín, El legado de uno de los precursores de la democracia deliberativa, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com) (19-10-2010)

país hacer un estudio sobre el rechazo hacia las normas que todos los argentinos tendemos a mostrar. Muchos piensan que poner de manifiesto aspectos negativos del país de uno no es patriótico. Creo que la verdad es exactamente la opuesta, sobre todo cuando se trata de contribuir a la superación de esos aspectos. Como se verá al final [...] creo que una de las cosas más conducentes para superar la anomia argentina, es [...] promover un proceso de discusión colectiva<sup>279</sup>

Con todo, si se admite la primacía histórica del constitucionalismo sobre la democracia, se podría intuir que una radicalización de la democracia en sentido deliberativo pueda funcionar solamente donde las tradiciones constitucionales estén ya bastante consolidadas para permitirla.

No se debe olvidar, no obstante, que Nino se mueve casi exclusivamente sobre un plan o prescriptivo o normativo: o sea, que el no habla tanto de la democracia como es, o como podría ser, cuanto de *cómo quiere que sea*.

Este enfoque casi exclusivamente prescriptivo o normativo -- donde “normativo” significa en última instancia, moral -- constituye una tendencia común a Nino y a otros autores neo constitucionalistas:

---

<sup>279</sup> V. NINO Carlos Santiago, Un país al margen de la ley, (Buenos Aires, 2005) Ariel, pág. 13.

El talón de Aquiles del neoconstitucionalismo de Nino reside sobre todo en la tendencia a la reducción del punto de vista normativo al punto de vista moral.[...] El imperialismo de la moral representa quizá la reacción de los juristas y de los filósofos del Derecho de los años noventa del siglo XX frente a otros imperialismos: pensemos en el imperialismo de la política, que ha caracterizado los años setenta, o el imperialismo de la economía, que ha marcado los años ochenta<sup>280</sup>.

Cualquiera que sea su origen sociológico, parecen no existir dudas acerca de que el imperialismo de la moral constituye uno de los rasgos distintivos del neo constitucionalismo, el que también está presente en la interpretación de Dworkin<sup>281</sup>.

---

<sup>280</sup> V. BARBERIS Mauro, Neo constitucionalismo..., óp. cit. , pág. 270.

<sup>281</sup> V. NINO Carlos Santiago, Introducción al análisis del derecho, 2° ed. 13° reimp. ( Buenos Aires, 2005) Astrea, pág. 432.

La reducción de la esfera práctica a la moral y la subordinación a ésta del derecho, no están ciertamente exentas de crítica.

En ese sentido Genaro Carrió –uno de los representantes más sobresalientes de la primera generación de la Escuela de Buenos Aires – cuestionó la tesis de Nino, precisamente por el hecho de reducir todo el ámbito de la normatividad a la moralidad; y con posterioridad, representantes de la tercera generación de esa Escuela han tratado de profundizar esta objeción.

Sobre estas bases el presupuesto sostenido por Nino y otros neo constitucionalistas –ya se le denomine *principio de unidad del razonamiento práctico* como hace Redondo<sup>282</sup>, o *imperialismo de la moral*, como prefiere Barberis<sup>283</sup>, está - de cualquier manera - muy discutido.

---

<sup>282</sup> V. REDONDO María Cristina, El carácter práctico de los deberes jurídicos, Doxa, N° 21, 1998, disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com) (19-10-2010)

<sup>283</sup> V. BARBERIS Mauro, Neo constitucionalismo..., óp. cit. pág. 276.

#### A.4.12) M. Barberis y el imperialismo de la moral

Mauro Barberis<sup>284</sup> analiza el neo constitucionalismo desde una visión crítica denominándolo *imperialismo de la moral*; y explica que el mismo se sostiene en base a determinadas razones:

El “imperialismo de la moral” que impregna el neo constitucionalismo [...] parece comparable a la elección de un único Dios: en este caso, un Dios muy parecido a la divinidad celosa de la tradición judeo-cristiana<sup>285</sup>.

---

<sup>284</sup> BARBERIS Mauro, profesor italiano de Teoría y Filosofía del derecho en las Universidades de Génova y Trieste. Entre sus obras más conocidas figura *Libertà*, (Bologna, 1999) Il Mulino. Y *Ética para juristas*, (Madrid, 2008) Trotta, donde analiza los conceptos de derecho, democracia, libertad y liberalismo, constitución y constitucionalismo.

<sup>285</sup> V. BARBERIS Mauro, *Neo constitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral*, trad. de Santiago Sastre Ariza, en Carbonell Miguel ed. *Neo constitucionalismo(s)* (Madrid, 2009) Trotta. Pág. 277.

Para fundamentar su tesis, se dedica a analizar las razones que señala como fundamento:

La primera razón para aceptar el “imperialismo de la moral” es disciplinar, porque se atiene al proceso de distinción de diferentes disciplinas prácticas.

La segunda razón de adhesión al “imperialismo de la moral” es metodológica y consiste en la reflexión antiformalista de que el Derecho es un fenómeno social, el cual no podría ser aislado respecto de fenómenos del mismo tipo, como la moral.

La tercera razón para aceptar el “imperialismo de la moral” es lógica, o pretende ser tal y consiste en la imposibilidad del sistema jurídico de auto fundarse.

Sostiene que argumentos de este tipo, expresados sobre la base de la discutible pero difusa analogía entre sistema jurídico y sistema lógico, aparecen ya en los herederos de la tradición formalista, por ejemplo la regla de reconocimiento de Hart.

La cuarta razón de adhesión al “imperialismo de la moral” es teórica y ha estado recientemente planteada por Paolo Comanducci, filósofo del derecho que ha trabajado fuertemente para introducir la tesis de Nino en Italia.

La tesis del autor italiano afirma que la posición podría considerarse correcta, pero sólo sobre la base de una definición de razones últimas del razonamiento práctico como “razones morales”, aunque después resalta que una definición de este tipo representaría no una solución, sino una disolución del problema.

La quinta razón para asumir el “imperialismo de la moral” es práctica y reside en la idea - de origen aristotélico - que la conclusión de un razonamiento práctico y por tanto de un razonamiento jurídico, sea una acción (de un ciudadano o de un funcionario), y que además, sea elegida entre todas las razones jurídicas, morales, y de otro tipo que puedan estar en conflicto entre sí.

La sexta razón de la adhesión al “imperialismo de la moral” es política y consiste en la razonable idea de que la garantía última contra eventuales aberraciones del derecho positivo puede consistir únicamente en una justificación última de carácter moral.

En conclusión, quienes sostienen esta posición se cuidan bien de sugerir que se busque esta garantía en la moral positiva, que se ha revelado susceptible incluso de aberraciones aun peores. Es por ello que se refieren obviamente a una moral crítica, elaborada por los teóricos de la moral a través de la discusión racional.

En realidad, al contrario de lo que sostuvo Nino, la moral crítica resulta difícil de reconciliar con la democracia, y proporciona una mayor garantía del Derecho positivo sólo a condición de alimentar una verdadera fe constructivista - esta vez en el sentido despectivo atribuido al “constructivismo” por Von Hayek<sup>286</sup> - cuando se pregunta sobre quién, en condiciones normales, elegiría ser juzgado por un comité de filósofos morales antes que por un juez natural.

La séptima y última razón de la adhesión al “imperialismo de la moral”, sobre la cual conviene detenerse un poco más, es filosófica, y consiste en la idea de la coherencia de todos los valores de la esfera práctica: aun admitiendo que ésta se articula en diversos ámbitos –jurídicos, moral, religioso, etc. – cabría sostener incluso que todos estos valores convergen y deben ser coherentes (al menos en el sentido de no contradictorios). Aceptando que una determinada conducta pueda ser realizada por muy distintas razones, y no por una sola de ellas – como la abstención mayoritaria de no cometer homicidios, que depende de razones no solamente jurídicas sino también morales, religiosas, etc., - cabe pensar que todas deben ser convergentes y que - como en el caso de la observancia de la prohibición de matar - exista una armonía que equilibre todos los valores.

---

<sup>286</sup> VON HAYEK Friedrich, ( 1899-1992) economista de la Escuela Austríaca, premio Nobel en 1974, considerado como uno de los padres del liberalismo moderno y uno de los mayores críticos de la economía socialista, por considerarla favorecedora de los totalitarismos.

### A.5) Relaciones

#### A.5.1) El neo constitucionalismo y el positivismo

Con la influencia del pensamiento de Dworkin se incorpora en este particular contexto, la necesidad de destacar – principalmente por autores como Alexy, Zagrebelsky y Ferrajoli - que los supuestos básicos del positivismo resultan incompatibles con los rasgos que caracterizan al nuevo Estado constitucional, o Estado re materializado de la segunda postguerra.

Esta vertiente hace notar que si lo que se pretende es simplemente respetar las formas de la legalidad, esto es su envase, sin tener en cuenta su contenido, debe tenerse claro que cualquier totalitarismo podría incluirse como *Estado de Derecho*, del mismo modo que en el derecho español franquista, se intentó refundir esta noción en la de *Estado de las Leyes*<sup>287</sup>

Los crímenes contra la humanidad producidos durante la segunda guerra mundial, fueron definitorios para afirmar el tránsito desde el Estado de Derecho formal al Estado de Derecho material o simplemente *nuevo* Estado de Derecho; representado por los ordenamientos constitucionales de la

---

<sup>287</sup> V. CONTRERAS Francisco, El debate..., óp. cit.

segunda postguerra (Francia, 1946; Italia, 1947; Alemania, 1949) en los países comprometidos con los derechos humanos y los valores democráticos; y puestos en juego durante sus actuaciones en la contienda bélica:

Perelman comprueba que en los juicios de Núremberg se pone en crisis el modelo jurídico que reducía el derecho a la ley, dado que se hacía preciso [...] afirmar la existencia de un principio general [...] relativo al respeto y dignidad de la persona humana<sup>288</sup>

Los principios integran a partir de entonces y de un modo ascendente, el núcleo central del discurso en el campo de la teoría general del derecho, en

---

<sup>288</sup> V. VIGO Rodolfo L., Los principios...óp. cit. pág. 1 También en Perelman Chaim, La lógica jurídica y la nueva retórica 8Madrid, 1979) Civitas. Pág. 103.

la que son descriptos por algunos como nuevos vientos<sup>289</sup> y por otros como la iniciación de una nueva edad de oro<sup>290</sup>.

Cabe aclarar que esta nueva visión, no buscó identificarse con el Derecho Natural, aunque es innegable que el jus naturalismo adquirió importante protagonismo con las tesis de Radbruch<sup>291</sup>, sino que procuró la *instalación constitucional de los derechos*, justificada mediante la construcción de metáforas sugerentes y promisorias.

#### *A.5.2) El neo constitucionalismo y el trialismo*

El desarrollo de la teoría de Robert Alexy refleja importantes coincidencias con el trialismo<sup>292</sup>, tanto en las versiones de Werner Goldschmidt<sup>293</sup> como en la posterior de Miguel Ángel Ciuro Caldani<sup>294</sup>,

---

<sup>289</sup> V. VIGO Rodolfo L., Nuevos vientos de la filosofía del derecho, en Anuario de Filosofía jurídica y social, N° 13, (Buenos Aires, 1993) Abeledo Perrot, pág. 119.

<sup>290</sup> V. PRIETO SANCHÍS Luis, Sobre principios y normas, (Madrid, 1992) Centro de estudios constitucionales, pág. 17

<sup>291</sup> V. VIGO Rodolfo Luis, La injusticia extrema no es derecho, de Radbruch a Alexy, (Buenos Aires, 2006) La Ley.

<sup>292</sup> V. DABOVE María Isolina., NAWOJCZYK Erika y BARBERO Daniel; Werner Goldschmidt y Robert Alexy: Corsi e ricorsi del integrativismo jurídico, en Dos Filosofías..., óp., cit., pág., 49.

<sup>293</sup> La primera versión en GOLDSCHMIDT Werner, en Introducción al Derecho 8estructura del mundo jurídico (Buenos Aires, 1960) Aguilar. La segunda versión en GOLDSCHMIDT

quien inspira y encabeza la Escuela Rosarina de Filosofía Jurídica y Social<sup>295</sup>.

Desde esta Escuela se expresa que:

Ambos juristas abrevan en una fuente teórica común: [...] la razón práctica o ética kantiana. [...] Goldschmidt se manifiesta en el planteo de la dimensión dikelógica [...] en tanto que [...] Alexy a partir de la doctrina neo kantiana, particularmente de Gustav Radbruch [...] en la pretensión jurídica de corrección<sup>296</sup>

---

Werner, Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes, 6° ed. 5° reimp. (Buenos Aires, 1987) Depalma.

<sup>294</sup> V. CIURO CALDANI Miguel Ángel, Metodología...óp. cit.; Lecciones de Filosofía del Derecho Privado...óp., cit., Metodología Dikelógica...óp., cit.

<sup>295</sup> V. PERUGINI ZANETTI Alicia, Werner Goldschmidt (1910-1987) en Dos filosofías...óp., cit., pág., 67.

<sup>296</sup> V. DABOVE María Isolina..., Werner Golschmidt y Robert Alexy: Corsi e ricorsi del integrativismo jurídico, en Dos filosofías...óp., cit., pág., 50.

Las coincidencias entre la Teoría trialista y la Teoría no positivista pueden identificarse en tres puntos centrales<sup>297</sup>:

- Reconocen el carácter complejo y tridimensional del Derecho, refiriendo que éste se compone básicamente, de conducta, norma y justicia.

Para Goldschmidt y su teoría de la complejidad pura, el Derecho se define como:

Un fenómeno organizado en cuyo centro se halla el orden de repartos, descripto e integrado por el ordenamiento normativo y por encima, la justicia que valora conjuntamente, tanto el uno como el otro<sup>298</sup>.

En igual sentido Alexy dice:

---

<sup>297</sup> Seguimos lo expuesto por. DABOVE María Isolina..., Werner Goldschmidt y Robert Alexy... en Dos Filosofías... óp., cit., pág., 53.

<sup>298</sup> V. GOLDSCHMIDT Werner, Introducción filosófica..., óp., cit., pág., 10.

El concepto del Derecho adecuado tiene que relacionar tres elementos: la legalidad conforme al ordenamiento, la eficacia social y la corrección material [...] De manera que respecto de cada uno [...] corresponden tres conceptos de validez: el sociológico, el jurídico y el ético, respectivamente.<sup>299</sup>

▪ Cuestionan las teorías no integrativistas, aunque las clasifican de modo diferente:

Goldschmidt considera a éstas como infra dimensionalistas (en una o dos dimensiones, según los componentes que estén dispuestas a reconocer) Por lo tanto, existen varias posturas infra dimensionalistas, tanto con una como con dos dimensiones<sup>300</sup>.

Alexy en cambio, agrupa a las teorías, llamándolas positivistas y no positivistas. Las primeras consideran al Derecho como legalidad conforme al ordenamiento o como legalidad dotada de autoridad y eficacia social. Se subdividen en dos grupos, según que se orienten a la eficacia o a la

---

<sup>299</sup> V. ALEXY Robert, El concepto y la validez del Derecho, 2º ed., traducción de Jorge M. Seña, (Barcelona, 1977) Gedisa, pág., 21 y 87.

<sup>300</sup> Para profundizar en estas posturas, puede V. GOLDSCHMIDT Werner, Introducción filosófica... óp. cit., pág., 10. También en DABOVE María Isolina... Werner Goldschmidt y Robert Alexy..., en Dos filosofías... óp., cit., pág., 54.

instauración normativa. En ambos se advierte en términos de Goldschmidt un infra dimensionalismo – dos dimensiones - ; socio normológica en el primero y normo sociológica en el segundo.

Con respecto a las no positivistas, a las que adhiere, Alexy las describe como aquellas que definen al Derecho vinculándolo a la Moral:

Una legalidad conforme al ordenamiento, socialmente eficaz  
y dotada de justificación moral<sup>301</sup>

También dentro de estas posiciones, pueden identificarse sub grupos<sup>302</sup>.

Tanto Goldschmidt como Alexy, coinciden entonces, en su postura no positivista.

- Resaltan la necesidad de una comprensión estática y dinámica del fenómeno jurídico, a través de la conexión entre sus dimensiones.

---

<sup>301</sup> V. ALEXY Robert, El concepto... óp., cit., pág., 13.

<sup>302</sup> Para un detalle de las posturas, puede V. ALEXY Robert El concepto... óp., cit., pág., 29. También en DABOVE María Isolina... Werner Goldschmidt y Robert Alexy... óp., cit., pág., 55.

Golschmidt explica que la dimensión sociológica está constituida principalmente por repartos, autoritarios y autónomos; y por distribuciones<sup>303</sup>. Los repartos pueden producirse en el orden y el desorden.

Alexy se ocupa de ello al tratar de la eficacia, como indicador de la validez social del fenómeno jurídico, refiriéndose solamente a los repartos autoritarios, por lo que el enfoque se presenta más reducido comparado con la perspectiva trialista<sup>304</sup>. Los repartos suponen orden.

En la dimensión normológica, el trialismo distingue las normas de los preceptos legales. Las primeras son proposiciones descriptivas construidas por los operadores jurídicos, en tanto que las segundas, son proposiciones normativas provenientes del legislador<sup>305</sup>.

Alexy, por su parte, distingue entre norma y enunciado normativo. La norma es el significado del enunciado. De este modo, el enunciado cumple la función del precepto legal en términos de Goldschmidt.

Pero en este punto, Alexy agrega algo más: las normas pueden adquirir la forma de reglas o de principios. (Aquí solamente haremos una referencia al

---

<sup>303</sup> V. GOLDSCHMIDT Werner, Introducción filosófica... óp., cit., pág., 58.

<sup>304</sup> V. DABOVE María Isolina...Werner Goldschmidt y Robert Alexy... óp. cit., pág. 56.

<sup>305</sup> V. GOLDSCHMIDT Werner, Introducción filosófica... óp., cit., pág., 206.

tema, en cuanto a su relación con la postura trialista, pues ya fue tratado en detalle en los puntos 12 y 13 del núcleo A de este Capítulo.)

Goldschmidt reconoce que en todo sistema existen normas incompletas, imprecisas, indicativas de esbozos de repartos y de simples criterios de repartos. Las dos primeras son normas y las dos últimas, principios. Las normas requieren ser determinadas mediante tareas que las precisen. Los principios requieren para su aplicación, de un desarrollo normativo posterior<sup>306</sup>.

María Isolina Dabove lo explica así:

Coinciden parcialmente en la conceptualización [...] Alexy acepta una distinción cualitativa o fuerte entre reglas y principios, Goldschmidt parece admitir una diferencia de grado<sup>307</sup>

---

<sup>306</sup> V. GOLDSCHMIDT Werner, Introducción filosófica... óp., cit., pág., 280.

<sup>307</sup> V. DABOVE María Isolina... Werner Goldschmidt y Robert Alexy... óp. cit., pág. 57. En especial, puede V. su análisis acerca del estado actual de la discusión.

En cuanto a la dimensión valorativa, además de reconocer a la Justicia como valor principal del mundo jurídico, Goldschmidt le otorga relevancia al humanismo como criterio orientador para la construcción del Estado de Derecho o Régimen de Justicia;; resaltando el valor de la libertad y la igualdad como componentes de su contenido jurídico:

El principio supremo de la justicia arraiga por un lado, en el humanismo y por otro en la tolerancia. El humanismo proclama que toda la humanidad constituye una gran familia, en la cual no hay hijos ni entenados, sino en la que todos los hombres somos iguales pero poseyendo cada hombre su unicidad. La tolerancia significa que el único camino que cada cual está dispuesto a tomar para convencer a los demás de la verdad o de la bondad de sus opiniones va a través de la razón y de la convicción de los demás<sup>308</sup>

---

<sup>308</sup> V. GOLDSCHMIDT Werner, La ciencia de la Justicia...óp., cit., pág., 190.

Alexy coincide con lo expuesto, aunque a través de una postura constructivista<sup>309</sup>, en el mismo sentido que lo hace Miguel Ángel Ciuro Caldani.

Dice Robert Alexy:

La libertad, la igualdad, la dignidad de la persona, [...] son conceptos básicos de la Filosofía Práctica y los principios más importantes del Derecho racional moderno.[...] Su precisión y ponderación conducen a los problemas de la justicia<sup>310</sup>.

Y dice Miguel Ángel Ciuro Caldani.

Aunque desde una posición “*constructivista*”, la diferenciación entre métodos constitutivos y auxiliares es

---

<sup>309</sup> V. ALEXY Robert, *Teoría de los Derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, (Madrid, 1993) Centro de Estudios Constitucionales, pág., 150.

<sup>310</sup> V. ALEXY Robert, *Teoría de los derechos...* óp.cit., pág., 525.

relativamente débil, llamamos métodos constitutivos a los caminos que se siguen en la construcción básica del objeto<sup>311</sup>

Y con relación al humanismo expresa:

El régimen justo ha de tomar a cada individuo como un fin y no como un medio, es decir, debe ser humanista y no totalitario.[...] El humanismo requiere atender a las principales perspectivas del despliegue del individuo...

Y también que:

---

<sup>311</sup> V. CIURO CALDANI Miguel Ángel, Metodología Dikelógica...óp., cit., pág., 11.

La protección contra el régimen ha de abarcar el resguardo de las minorías<sup>312</sup>

Los Derechos fundamentales son ampliamente protegidos en la Teoría trialista, para fortalecer al individuo contra el régimen y los demás individuos.

En la posición de Alexy, estos derechos fundamentales se incluyen como criterios básicos del principio de corrección<sup>313</sup>, a lo que el autor agrega la tesis reformulada de Radbruch de la injusticia extrema, como protección del coto de Derechos Humanos positivizados<sup>314</sup>.

En síntesis, ambas posiciones<sup>315</sup> ven en el Derecho la realización de la libertad y el resguardo de la dignidad de las personas, desde una perspectiva común integrativista, que se concreta, se hace efectiva, en una visión compartida de la dinámica jurídica – es decir, en las tareas de reconocimiento, interpretación, aplicación, argumentación – la que, con relación al trialismo, será abordada específicamente en el Capítulo XI.

---

<sup>312</sup> V. CIURO CALDANI Miguel Ángel, Metodología Dikelógica... óp., cit., pág., 32.

<sup>313</sup> V. DABOVE María Isolina..., Werner Goldschmidt y Robert Alexy... en Dos filosofías... óp. cit., pág. 58.

<sup>314</sup> V. VIGO Rodolfo, La injusticia extrema no es derecho... óp., cit., pág., 25.

<sup>315</sup> Considerando que Alexy es un referente del Neo constitucionalismo y en una comparación con el trialismo.

## CAPÍTULO III

### B) Núcleo socio-jurídico: su fundamentación

Destinado al conocimiento de las estructuras sociales y sus problemas vitales en sus despliegues económicos, políticos, religiosos, ambientales, tecnológicos, artísticos, en definitiva culturales; puestos en relación con el objeto jurídico y sus situaciones de temporalidad.

Enfoca la tensión Universidad – Sociedad, en la búsqueda del *Porqué* del Derecho.

Este Núcleo tiene como objetivos: ▪ *Describir* el papel que le cabe al Estado de Derecho Constitucional Democrático como garante de los derechos que conciernen a la humanidad toda en su calidad de tal, en un contexto de apertura y reconocimiento de la multiplicidad de etnias, religiones, culturas, lenguas, géneros que integran la sociedad actual ▪ *Dar cuenta* de las relaciones que se establecen entre lo que la Facultad de Derecho considera su función y lo que las estructuras sociales reclaman de ella para la formación de los futuros profesionales.

Se inicia con el tratamiento de la sociedad diversa, a fin de resaltar que los conflictos, las inestabilidades de todo tipo, los desastres naturales, el desarrollo tecnológico, la circulación de la información, son circunstancias que producidas en una parte cualquiera del mundo pueden afectar positiva

o negativamente a otra que aparentemente no tiene relación con ella. La ajenidad, es una noción cada vez más difusa en la sociedad diversa.

Desde la relación teoría práctica, se pone énfasis en la situación de migrantes, excluidos, desempleados, pobres, abandonados, refugiados, mediante un hilo conductor que culmina en la construcción de los derechos humanos en su dimensión teórico – práctica.

Se fortalece esta construcción con los aportes del Núcleo epistemológico para desarrollar las relaciones entre Neo constitucionalismo y Democracia, la significación de la Constitución omnipresente y la interpretación garantista del control judicial de constitucionalidad como punto más alto del sistema.

El Núcleo concluye con las concreciones más acabadas y reconocidas a esta corriente por la sociedad: El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la actuación de los organismos internacionales específicos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ello, a través de declaraciones, convenciones y tratados el neo constitucionalismo despliega su potencial teórico y su compromiso de garantía de los derechos humanos a escala mundial.

*B.1) La sociedad diversa: étnica, religiosa, lingüística, de género.*

El mundo que nos circunda no es homogéneo ni admite una única lectura. Surcado por el conflicto, la inestabilidad, las grandes crisis, las innumerables guerras, los desastres ecológicos, nada de la que en él sucede “nos es ajeno”. Es un mundo multicultural, de migrantes, extranjeros, excluidos, desempleados, refugiados, pobres, abandonados. El desarrollo tecnológico y la circulación de la información nos asoman, sin sosiego, a cuando ocurre en esta “realidad social multifacética”, tan colorida como injusta. Somos, a un tiempo, “unos” y “otros” buscándonos o esquivándonos en algún sitio real o virtual. Tenemos más formas de comunicarnos pero, cada vez, menos palabras en común<sup>316</sup>.

Es prudente, entonces, recordar que, por ejemplo, tanto una ley como un caso judicial son todos menos una descripción neutral de problemas acaecidos en la realidad. Es siempre una “reconstrucción” de informes, testimonios, confesiones, dictámenes aportados a un proceso, en la que intervienen otros discursos sociales bajo la forma específica que viene dada por “el colador conceptual de la dogmática jurídica”, y sin duda, por la teoría del derecho desde la que también se piensan y se imaginan soluciones.

---

<sup>316</sup> V. BAUMAN Zigmunt, Los retos de la educación en la modernidad líquida, trad. de Violeta Núñez, (Barcelona, 2007) Gedisa. Pág., 19.

La figura del migrante es emblemática en este punto. Si se mira y se piensa desde su situación, es decir, si estamos dispuestos a “descolocarnos” ante nuestras certezas, emprendremos un camino que en el Derecho se recorre desde hace poco. Es más, que ni siquiera estaba en el mapa de nuestras teorías. Tiempo y espacio ya no son estructuras cerradas y fijas; no hay una sola cultura, ni una sola lengua, ni una única tradición que conformen nuestra identidad<sup>317</sup>.

Vale la pena pensar desde el extranjero, no como otro sino como el que podemos llegar a ser. Vale la pena pensar desde el que no tiene morada, ni tradición, ni lengua en el sitio en el que se encuentra, desde quien se reconoce en lo que no es, cómo podría el derecho contribuir a enfrentar el problema de organizar un sentido comunitario global en sociedades en las cuales, la fragmentación social y cultural es de una magnitud inédita y trastoca las categorías de análisis de todas las corrientes de la filosofía política occidental.

El orden jurídico es más y más difícil de ser aprehendido, así como las ciudades son más abigarradas, más atrapantes y más peligrosas.

Las categorías fundantes del derecho de la modernidad se desdibujan al ritmo en que cambia el ámbito físico en el cual la noción de “ciudadano” se construyera.

---

<sup>317</sup> V. PETRAS James y VELTMEYER Henry, Un sistema en crisis. La dinámica del capitalismo de libre mercado, (México, 2003) Lumen, pág., 199.

Pensar el derecho para la multiculturalidad, que ya no puede ser negada, importa revisar las piezas centrales del montaje jurídico.

La marginalización incesante de grandes sectores de la población, la discriminación y la violencia crecen junto con la dualización social y el choque de culturas.

La desocupación, la preocupación por el futuro trabajo y la violación a los derechos humanos son parte del mundo cotidiano. La búsqueda impostergable de respuestas comprende al derecho -como discurso y práctica sociales- tanto como a la política y al poder, de los cuales no está separado.

Nos conmueve la proximidad de lo distinto, de lo que no es “igual”, del “otro”, cuya presencia no es transitoria y fugaz, sino que se instala entre nosotros y nos interroga acerca de quiénes somos. El “extraño” puede llegar de afuera, huyendo de la persecución política, de la guerra civil, del hambre, de la muerte, del desastre ecológico. Pero, también pudo nacer aquí y convertirse en un paria, empujado hacia los bordes de una sociedad en la cual se consolida un dualismo excluyente.

La multiculturalidad ya no es únicamente la consecuencia de la migración o de la existencia de minorías nacionales. La exclusión social que se prolonga ahondándose, también produce extrañamiento y desaparición de toda posibilidad de “reconocerse” en muchos de los demás.

La mayor parte de las comunidades políticamente organizadas han sido multiculturales, y es cierto que cada disputa posee una historia y unas circunstancias únicas, y que algunas tal vez sean insolubles, pero, curiosamente, la tradición occidental en teoría política ha desconocido estas características, asumiendo un modelo ideal de polis, donde los ciudadanos comparten ancestros, lenguaje y cultura.

La “identidad” es la gran cuestión en un mundo multicultural y fragmentado, donde abundan las diferencias y las desigualdades, y donde, cada día, emergen nuevas reivindicaciones de minorías étnicas, nacionales, sociales, de género, individuales y colectivas, cargadas de conflictividad.

Y son muchas las veces en que el reclamo, la propuesta, la exigencia se expresan jurídicamente.

El siglo XX ha contribuido a nuevos procesos de transformación de las identidades sociales. En la nueva discusión entre politólogos, sociólogos, filósofos, antropólogos, psicoanalistas, se relaciona la identidad con la cultura y el poder; pero también -aunque de manera confusa- con el derecho.

Y es que, efectivamente, los operadores jurídicos, los teóricos del derecho estamos complicados en ese vínculo, casi sin darnos cuenta, sin desearlo o a disgusto. La “identidad” no es un coto privado de antropólogos o psicoanalistas.

La “identidad” preocupa a los cientistas sociales todos. Y también a los filósofos del derecho.

La interculturalidad, la segregación, la asimilación son respuestas normativas situadas en un plano normativo. Ese plano no es el de los hechos, sino el de los ideales, valores, principios. El discurso del derecho interviene en el conflicto, tanto como el de la política y más que cualquier otro discurso social.

Quiero decir con esto que no hay forma, desde el campo iusfilosófico, de escapar al fenómeno de la multiculturalidad, en las formas altamente conflictivas que lo caracterizan y a cuya configuración, el derecho contribuye de manera notoria.

Las políticas sociales, las de inmigración, de ciudadanía, el aumento o la disminución de los niveles de protección en el trabajo, en la salud, en la educación, en las prácticas religiosas o en las políticas de género que afectan el grado de integración o de discriminación entre grupos o individuos, se concretan y se aplican mediante instrumentos jurídicos e implican la primacía de unos valores sobre otros, de algunos modelos de organización y de relaciones sociales, pero no de cualquiera.

Hablar de ciudadanía, de conflicto cultural, de crisis de las identidades son maneras de entrar al debate acerca de la igualdad y la diferencia, o tal vez fuera mejor decir, de las desigualdades y las diferencias. Abandonar la

“singularidad” no es un simple juego de palabras. Es hacerse cargo de que la emancipación significaba en el proyecto de la modernidad la eliminación de las diferencias, la concreción de una sociedad reconciliada a través de la realización de una pura esencia humana, mientras que hoy consiste, por el contrario, en la afirmación del carácter constitutivo e inerradicable de la diferencia.

La lucha por la extensión de las garantías y por los “derechos humanos” como derechos de todos coincide con este reconocimiento del “carácter constitutivo e inerradicable de la diferencia”.

El pluralismo supone conflictos de valores, que pueden ser irresolubles cuando se trata de valores fundamentales.

¿Cómo se construye y/o se preserva el “orden democrático” en el marco de tales situaciones?

En primer lugar, se trata de asumir el conflicto y no negarlo o apostando a que es factible su superación definitiva. En tanto la novedad de la democracia reside en su falta de fundamento último, en su constante posibilidad de volver incansablemente sobre sí misma para cuestionarse, la pluralidad de concepciones del bien no es algo negativo, por el contrario es necesaria para que el sistema se preserve como democrático.

En segundo lugar, hay que aceptar que en democracia el disenso es tanto o más importante que el consenso. Claro que un cierto consenso es

imprescindible, sin él las instituciones propias de la democracia no serían concebibles, pero es en la afirmación de la figura del disidente (el extranjero, el migrante, “el otro”) como referente necesario donde comienza el difícil proceso de construcción de prácticas democráticas.

En realidad, no se puede tomar seriamente la existencia de una pluralidad de valores legítimos sin reconocer que van a entrar en conflicto. Y este conflicto no puede visualizarse simplemente en términos de intereses en competencia que pueden ser resueltos y acomodados sin ninguna violencia.

Muchos conflictos son antagónicos, porque tienen lugar entre interpretaciones enfrentadas de los valores ético-político comprendidos en las instituciones democrático-liberales...la política, en especial, la política democrática no puede nunca superar el conflicto y la división. Su objetivo es establecer la unidad en un contexto de conflicto y diversidad; está ocupada en la formación de un nosotros en oposición a un ello.

Dice Chantal Mouffe:

Hay que ser realmente pluralistas [...] Lo específico de la democracia política no es la superación de la oposición ellos/nosotros, sino la manera diferente en que es manejada<sup>318</sup>

El derecho forma parte de la búsqueda inacabable de una forma de superar el conflicto, búsqueda sin fin mientras estemos en democracia, búsqueda imposible de satisfacer que, sin embargo, no puede abandonarse sin riesgo. Se trata de una situación paradójica: el derecho entra en la escena como un discurso destinado a resolver lo que no tiene solución si, al mismo tiempo, queremos preservar la democracia.

Siempre estamos “unos” y “otros” y siempre existirá antagonismo en las relaciones sociales, porque no hay manera de ser “uno” sin reconocer a un “otro”. No habrá diferencia si la negamos, la eliminamos o la borramos.

Si acabamos con el extranjero, el migrante, el excluido, ya no seremos lo que somos, porque no aseguramos nuestra propia identidad sino a través de la convivencia con otras identidades. Convivencia traumática, difícil, en cuyo devenir unos y otros mutan/mos y se trasforman/mos.

---

<sup>318</sup> V. MOUFFE Chantal y LACLAU Ernesto, La provocación populista, entrevista realizada por Luz Laici y Diego Rojas, para Revista Veintitrés, ejemplar del 09-09-2010, (Buenos Aires, 2010) Ipsa. Pág. 55. Mouffe politóloga belga, estudió filosofía en París. Discípula de L. Althusser. Sus trabajos, (muchos en colaboración con Ernesto Laclau) forman parte de la llamada teoría posmarxista.

### *B.1.1) Las formas de exclusión*

Sostener que el campo de los derechos sociales integran el campo de los derechos fundamentales parece, hoy por hoy, una afirmación obvia. Al mismo tiempo, es innegable que cada vez son menos los que gozan de aquellos derechos, y que aumenta la incertidumbre acerca de cómo garantizar su efectividad.

La dualización social, el aumento de la desocupación, la marginación creciente, el incremento de la violencia y el recurso más frecuente a la represión, o a la invocación de la represión como único camino de orden y seguridad, crean un mundo desgarrador, oscuro y opresivo. Entre esas sombras, toda diferencia es amenazadora y genera odios, miedos, desconfianza y frustraciones. Los “otros” son los enemigos que acechan para privarnos de nuestras posesiones y de nuestras certezas. Toda diferencia justifica separar, aislar, expulsar, castigar a quien quede marcado como distinto. En ese escenario, la discriminación se convierte en protagonista indiscutible.

El estado actual de los derechos sociales no puede abordarse como si fuera, simplemente, una variable económica más, sujeta a los “ajustes” que

el mercado requiera. La cuestión de los derechos sociales es ética y es política, y para encararla no alcanza la muy relativa fuerza de los “datos”.

Las cifras y los porcentajes, sin duda, impresionan, y pareciera que ningún intento serio de análisis social podría prescindir de ellos, sino al precio de perder objetividad y cientificidad. Producen una cierta distancia tranquilizadora respecto de los cientos de miles, o de millones de seres humanos que son aludidos con expresiones del tipo “niños y niñas que trabajan” o “trabajadores prematuros” o “desocupados”, “población que vive bajo los niveles de pobreza”, “subalimentados”, “analfabetos”, “afectados por enfermedades endémicas”, seres humanos con los que no nos enfrentamos cara a cara, ya que sólo figuran como números en los textos, como porcentuales en los cuadros o como variables de una estadística.

Las críticas que se formulan a la mentalidad económica utilitarista, son aplicables analógicamente a esta manera de tratar el tema. Al reducir las diferencias cualitativas a diferencias cuantitativas, se borra cualquier particularidad histórica, sólo quedan porciones de naturaleza humana que son cuantificables. Se hace abstracción de cuanto no es matematizable, y para medir lo que se mide sólo se presta atención a “una versión abstracta y general del ser humano.

Una sociedad fragmentada hace de unos individuos y grupos, los enemigos de otros individuos y grupos. Imposibilita la formación del

consenso y destruye las identidades que se constituyeran en el interior de las instituciones políticas y sociales ahora debilitadas. No se trata de idealizar esa cultura que heredamos, sino de ser conscientes de que la exclusión y la marginalidad destruyen el grado de integración imprescindible, para una sociedad más justa y radicalmente democrática.

Preanuncian un mundo sin futuro, escéptico, negado definitivamente al ejercicio de la solidaridad, sin ciudadanía, ni estado ni derechos.

La sociedad que engendra una sociedad que niega a muchos el goce de los derechos sociales, indica que no alcanza con garantizar un tratamiento similar para todos, sin considerar sus diferencias. Se hace necesario incorporar la diferencia como justificación de un trato especial, reconocer que el goce igual de derechos exige previamente, como política estatal, crear las condiciones para la inclusión de los grupos excluidos. "...es muy importante reconocer esas formas de exclusión por lo que son y la violencia que significan, en lugar de ocultarlas bajo el velo de la racionalidad.

Si se encubren los modos de exclusión se crean efectos de ocultamiento "que impiden el funcionamiento adecuado de la política democrática".

Las diferencias convertidas en privilegios y las especulares discriminaciones que provocan, definen desigualdades e injusticias. Se convierten en "diferencias intolerables". Los derechos sociales procuran compensar esas diferencias que superan el límite de lo tolerable. Según

Ferrajoli<sup>319</sup> los derechos sociales son derechos fundamentales en cuanto tienden a garantizar igualdad social y sustancial, y porque permiten ser uno mismo siendo diferente de los demás. Por lo tanto, están fuera de toda negociación “en tanto que son condiciones de la identidad de cada uno como persona y como ciudadano; no sólo la igualdad es tal en cuanto constitutiva de los derechos fundamentales, sino que también los derechos fundamentales son tales en cuanto constitutivos de la igualdad”.

Los derechos sociales se sitúan allí donde toman formas las identidades. Son instrumentos de los débiles para enfrentar el juego, de otro modo libre y desenfrenado de los poderes tanto públicos como privados. Por eso Ferrajoli los piensa del lado del contra-poder, o del no poder. Garantizarlos es parte de la lucha democrática, y es *conditio sine qua non* para que la participación política incorpore a grupos e individuos que hoy carecen de voz.

Si asumimos el compromiso de construir un orden radicalmente democrático, sería bueno no olvidarnos que cuando, en el espacio público, la palabra le es negada (por acción u omisión) a “otros”, la discriminación ya se encuentra entre nosotros.

La concreción de un proyecto democrático exige enfrentar las prácticas discriminatorias como una tarea impostergable, que requiere, entre muchas

---

<sup>319</sup> V. FERRAJOLI Luigi, Garantismo...., óp., cit.

otras cosas, de un discurso jurídico de nuevo cuño, de actores sociales con identidades reconocidas, y de un entorno en el que la intolerancia, el miedo, la desocupación, el hambre, la enfermedad, la ignorancia y la falta de reconocimiento que es su fatal secuela, no se sometan y acosen diariamente a tantos millones de hombres y de mujeres. En gran medida dependerá de nosotros y de lo que hagamos, desde cada rincón del estado y de la sociedad civil.

Finalmente y para oponerse a la exclusión en todas sus formas, nace el nuevo paradigma de los Derechos Humanos, que Ana María Figueroa sintetiza así:

Las declaraciones, pactos tratados, que se elaboran a partir de esta etapa [1945] constituyen una nueva legalidad internacional y del derecho interno [...], esta diferente mirada de la sociedad controlará a los gobernantes y al Derecho [...], ya no habrá ningún acto de poder que pueda ser admitido ni aceptado como legítimo, si no pasa el test de los estándares mínimos en derechos humanos<sup>320</sup>

---

<sup>320</sup> V. FIGUEROA Ana María, La filosofía de los Derechos Humanos, en Revista Investigación y Docencia, disponible en [www.centrodefilosofia.org.ar/yD/iyd40\\_14pdf](http://www.centrodefilosofia.org.ar/yD/iyd40_14pdf) (07-03-2011)

### *B.1.2) Los derechos humanos como derechos fundamentales*

Poco después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, se firmó en San Francisco la Carta de las Naciones Unidas, que, pese a sus falencias evidentes, es “el intento más logrado hasta ahora de organización de la comunidad internacional”.

La Carta de la ONU fue el puntapié inicial del proceso de internacionalización, entendido éste como el esfuerzo realizado por los estados para la construcción de un sistema de protección de los derechos humanos a nivel mundial.

El segundo de los acontecimientos históricos de singular importancia es la celebración de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, incorporada al sistema jurídico nacional en 1980 mediante la ley 19.895.

La característica sobresaliente de este instrumento que mayor interés reviste a los fines expositivos puede sintetizarse en la positivización de los siguientes principios del derecho internacional público, hasta entonces reservados al ámbito de la costumbre internacional: a) el reconocimiento

expreso del carácter particular de las normas de *ius cogens* (arts. 53, 64 y 66), dentro de las cuales se cuentan las relacionadas con los derechos fundamentales<sup>8</sup>; b) la regla de *pacta sunt servanda* que rige entre las partes del acuerdo (art.26); c) la prohibición de alegar el derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado (art.27), salvo la excepción prevista en el art.46 9; y d) la interpretación de buena fe (art.31) de las cláusulas del mismo.

La entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es el tercer acontecimiento esencial.

Las características del sistema de protección de los derechos fundamentales implementado a nivel regional están expresadas en el Pacto de San José de Costa Rica.

### *B.2) Constitución y democracia*

Desde la segunda posguerra, en efecto, comenzando por las constituciones de Alemania y de Italia, se está generalizando un modelo de Constitución rígida y dotada de un órgano de control de constitucionalidad; modelo en el cual, para decirlo con Ferrajoli, la Constitución contiene un núcleo de cuestiones que forman una “esfera de lo indecible”, que no está

disponible a la acción del legislador, aun y cuando éste legislara siguiendo los requisitos formales de producción de las normas.

Con diferentes modalidades, en buena parte del mundo (al menos en su parte occidental) se generaliza este modelo de constitución, el cual determina el tránsito de un Estado de Derecho hacia un Estado constitucional de Derecho. La diferencia entre uno y otro está en que el Estado de Derecho se caracteriza por la omnipotencia del legislador como productor de las normas que rigen los destinos de la colectividad.

Es así que la omnipotencia del legislador garantiza una posición institucional de poder cuasi constituyente permanente, al no encontrar ninguna “frontera” donde detener su actividad de creador de normas jurídicas: la constitución no contiene ningún límite en ese sentido<sup>321</sup>.

En el Estado Constitucional de Derecho, la irrupción del nuevo constitucionalismo, el *neo constitucionalismo*, rompe con la imagen en la que prevalece la voluntad del legislador, pues la afirmación de la rigidez constitucional y de los órganos de justicia constitucional significa necesariamente redimensionar el Poder Legislativo, al que para decirlo mediante una fórmula simplificadora, se le substrahe su carácter de omnipotencia en cuanto a la producción jurídica.

---

<sup>321</sup> V. RENTERÍA DÍAZ Adrián, Constitución y Democracia. Límites y vínculos, en Revista Confinés, N° 5, 2007, pág., 11.

El legislador, en el Estado Constitucional de Derecho, ya no es omnipotente sino que constituye un poder limitado, ‘acotado’.

Pero no sólo encuentra límites en su acción institucional sino que encuentra también vínculos, pues la esfera de lo indecible, contiene dos aspectos:

Uno negativo, relacionado con los límites que el legislador encuentra en la distinción entre ley constitucional y ley ordinaria (para proteger los principios y valores inscritos en la constitución como aspiraciones colectivas); y otro positivo, relativo a los vínculos que la misma constitución, en sus principios y valores fundacionales, impone al legislador como tareas a cumplir.

La consecuencia, importantísima tanto en el plano de la política como en el plano del derecho, es que -en el nuevo estado de cosas, en el neo constitucionalismo, para dar cuenta de las modalidades mediante las cuales se crean ahora las normas jurídicas, el concepto de democracia, entendido tradicionalmente como un método para tomar decisiones públicas mediante el principio de mayoría, parece estar en crisis.

Tal concepto, en efecto, constituye tradicionalmente, un instrumento para asegurar el gobierno de las leyes emanadas de aquellos que, no pudiendo hoy ejercer la democracia directa como en sus orígenes, son elegidos para ello.

En cuanto instrumento teórico-conceptual, esa idea de democracia coincide perfectamente con el contexto definido como Estado de Derecho; en el que para recordarlo brevemente, respetando los requisitos formales que especifican quién decide y determinan cómo se decide, al legislador se le aseguraba la completa supremacía entre todos los órganos del estado, pudiendo introducir cualquier contenido, hasta modificando la constitución según su visión política.

Esta idea de democracia, que podríamos llamar formal (o concepto mínimo de democracia o democracia procedural, como prefieren algunos autores), se resiste a la “muerte” conceptual y “vive” en las reflexiones jurídicas filosóficas neo constitucionales, mediante el desarrollo de argumentos tales como la omnipresencia de la Constitución y de un Poder Judicial encargado de velar por su supremacía.

#### *B.2.1) La omnipresencia de la Constitución*

Sin interrupción en su desarrollo luego de la Segunda Guerra Mundial, se afirmó la concepción de la vinculación directa de las normas

constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades para los tribunales y autoridades administrativas<sup>322</sup>.

Cualquier duda con respecto a esta orientación se despeja por el art. 1º, párrafo 3ro. de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: “Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo a título de derecho directamente aplicable”.

La Ley Fundamental instituyó además al Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania, el que a través de la introducción del instituto del amparo constitucional, tiene la competencia jurídica examinadora con referencia a la justicia general y, por consiguiente, también el catálogo constitucional de los derechos fundamentales y libertades resultó, con respecto a personas naturales y jurídicas, como un derecho directamente eficaz y aplicable.

Las consecuencias de la transferencia de la concepción teórica de la vinculación directa de la Constitución de acuerdo con el texto de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania en 1949 fueron potenciadas en el entorno democrático europeo a través de la aprobación de la Carta sobre la Protección de los Derechos Fundamentales y Libertades

---

<sup>322</sup> V. HOLLANDER Pavel, Interpretación de las normas jurídicas constitucionales: un rompecabezas metodológico, en Las razones de la producción del derecho, Nancy Cardinaux, coord., (Buenos Aires, 2006) Departamento Publicaciones UBA, pág., 69.

Fundamentales del año 1950 y el establecimiento del Tribunal Europeo para los Derechos Humanos. Esta vinculación resultó luego, para los países firmantes, la base de la aplicación directa del catálogo de los derechos humanos y su exigibilidad judicial.

La vinculación directa de una Constitución democrática resultó, en consecuencia, en la mitad del siglo que precedió, un fenómeno cultural indudable, el cual, sin exageración, ha influido extraordinariamente en la humanización y desarrollo del medio legal europeo.

La doctrina de la vinculación directa a la constitución pudo ganar aun mayor importancia además, a través de la imposición de la jurisdicción constitucional en los sistemas constitucionales de los países democráticos, o bien a través de la formación de una institución judicial especial cuya función es la aplicación de la Constitución.

El fenómeno de la vinculación directa de la Constitución, que está relacionado institucionalmente con la jurisdicción constitucional, puede ser tomado por consiguiente en el proceso de interpretación constitucional como un punto de partida paradigmático<sup>323</sup>

---

<sup>323</sup> V. PAULSON Stanley, Subsunción, política jurídica y el reproche de formalismo, en Las razones de la producción del derecho... óp., cit., pág., 51.

### *B.2.2) El control judicial de constitucionalidad*

Una pieza crucial dentro de este conjunto de restricciones es el control judicial de la ley. Un control externo sobre el legislador puede ser necesario para empujar a la comunidad política hacia una apreciación más profunda de los principios constitucionales, así como a una mayor disposición a respetarlos.

En esta materia, los tribunales presentan ciertas ventajas potenciales, en comparación con los legisladores.

En primer lugar, está la cuestión del tiempo disponible para reflexionar acerca de determinados asuntos.

Del mismo modo que la democracia representativa se justifica por los beneficios que aporta la división del trabajo, el control de constitucionalidad supone atribuir una especial responsabilidad en materia de derechos fundamentales a una institución (un tribunal) que puede reflexionar acerca de éstos en una atmósfera de mayor tranquilidad intelectual:

Es decir que, los jueces constitucionales gozan del tiempo y aislamiento propios del estudioso para reflexionar acerca de los valores y finalidades del Estado, en mayor grado que los representantes políticos<sup>324</sup>.

En segundo lugar, los tribunales tienen una mayor predisposición institucional a tomarse en serio los valores constitucionales.

Los jueces constitucionales desempeñan un papel especializado con respecto a las decisiones políticas, están inmersos en la tradición del discurso constitucional, y su tarea apunta a la evaluación de la conducta gubernamental bajo las normas constitucionales. La judicatura está más o menos en la posición del inspector de calidad, encargado de examinar productos para descubrir posibles defectos. Su trabajo es especializado.

En tercer lugar, los tribunales, en una cultura jurídica desarrollada, tienen que decidir con arreglo a principios, tienen que ofrecer razones para justificar sus decisiones y estas razones tienen que ser de orden general: deben valer, no sólo para el caso concreto, sino también para casos futuros. Y como los jueces no pueden saber con precisión quiénes resultarán beneficiados o perjudicados el día de mañana por las reglas

---

<sup>324</sup> V. FERRERES COMELLA Victor, El canon..., óp., cit. pág., 377.

jurisprudenciales que hoy formulan, tienen un fuerte incentivo para actuar de manera objetiva.

Así, el mayor tiempo y aislamiento de que disponen los jueces para la reflexión, el carácter especializado de su función y la cultura de los principios que está asociada a sus decisiones, constituyen elementos clave dentro del paquete normativo que puede justificar el establecimiento de un sistema de control judicial de constitucionalidad en materia de derechos.

Lo que la comunidad puede esperar de la justicia constitucional no es que los jueces vayan a acertar siempre en sus decisiones frente al legislador, ni siquiera que vayan a acertar muy a menudo.

Tanto el legislador como los jueces constitucionales son instituciones falibles, y pueden errar en muchas ocasiones en que están en juego derechos fundamentales. La experiencia histórica nos enseña que no debemos ser demasiado optimistas. Lo que importa es que, a pesar de sus limitaciones, la justicia constitucional es *menos imperfecta* que los legisladores en este campo.

Como dice Dworkin, los tribunales pueden ser ese “foro de los principios” donde los valores constitucionales se interpretan y elaboran a lo largo del tiempo con un mayor rigor que el que cabe esperar de una asamblea legislativa.

Si este argumento instrumental es plausible, la siguiente tarea es la de diseñar el mejor modelo para organizar el control de constitucionalidad, dado el sistema político y la cultura jurídica de cada país. Así, por ejemplo, un modelo centralizado de justicia constitucional puede ser muy recomendable en naciones que pertenecen a la familia del *civil law*. Como la cultura del precedente es más débil en estos países que en la tradicional *common law*, la centralización del control en manos de un único Tribunal Constitucional puede ser una buena técnica para evitar la inseguridad jurídica, según defendía Hans Kelsen.

El sistema centralizado puede, además, presentar otras ventajas, especialmente en los países del *civil law*.

Víctor Ferreres Comella<sup>325</sup> las identifica de la siguiente manera:

a) En comparación con los jueces ordinarios, un Tribunal Constitucional especializado puede disponer de más tiempo para analizar con profundidad los problemas que plantea la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales frente a la ley. Además, la especialización puede llevarlo a un mayor conocimiento en este campo.

b) Los miembros del Tribunal Constitucional pueden ser seleccionados a partir de un grupo más amplio y plural de expertos, en comparación con lo que normalmente sucede cuando se reclutan los jueces ordinarios. La

---

<sup>325</sup> V. FERRERES COMELLA Víctor, El control judicial de la constitucionalidad de la ley, en El canon..., óp., cit., pág., 356.

presencia en un Tribunal Constitucional, no sólo de abogados y jueces que cuentan con experiencia procesal, sino también de profesores universitarios, antiguos políticos, y cargos públicos, pueden contribuir a la generación de un discurso constitucional menos “legalista”, más sensible a los problemas de filosofía política que suscita la interpretación de los principios abstractos incorporados en la constitución.

c) El Tribunal Constitucional puede ejercer el control de la ley, no sólo en el contexto de casos concretos, sino también de modo abstracto. La ventaja potencial del control abstracto es que la discusión acerca de las cuestiones constitucionales queda mejor focalizada, sin verse perturbada por otras cuestiones fácticas y jurídicas que la decisión de todo caso concreto exige examinar. Además, al no ser necesario el surgimiento de un litigio concreto, se amplían las posibilidades de intervención del tribunal, reforzando su protagonismo como intérprete de la constitución.

d) La legitimación activa para impugnar las leyes se puede atribuir no sólo a los individuos sino también a instituciones públicas. En concreto, si se reconoce legitimación activa a una minoría cualificada de la asamblea legislativa, la mayoría tiende a ser más cuidadosa al responder a las objeciones de constitucionalidad formuladas por esa minoría durante el debate parlamentario. La mayoría pagará un coste político si el tribunal finalmente estima el recurso interpuesto por la oposición.

e) Un Tribunal Constitucional no puede mostrarse excesivamente pasivo a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes. Su razón de ser como órgano especializado es el control de la ley, por lo que sería extraño que se abstuviera de entrar en los problemas de constitucionalidad, o si casi nunca declarara inconstitucionales las leyes. Este incentivo a favor de un cierto grado de activismo es especialmente intenso en el caso de tribunales constitucionales “puros”, cuya única tarea es el control de la ley. En muchos países del *civil law* existe una fuerte inercia histórica a favor de un poder judicial pasivo ante la ley, por lo que la introducción de un tribunal constitucional (especialmente si es relativamente puro) es recomendable si se desea contar con una institución que actúe como contrapeso relativamente enérgico frente al legislador.

Naturalmente, el modelo centralizado presenta también inconvenientes. Así, la creación del Tribunal Constitucional puede dar lugar a tensiones con el Tribunal Supremo ya existente. Además, un exceso de distancia entre el Tribunal Constitucional y la cultura jurídica que ha rodeado históricamente los tribunales ordinarios puede llevar a ver aquél como un órgano demasiado “político”. Y permitir a la oposición parlamentaria recurrir contra las leyes aprobadas por la mayoría puede introducir un factor excesivo de politización en las controversias constitucionales.

Éstos y otros inconvenientes tienen que ser sopesados frente a las potenciales ventajas del modelo, buscando formulas para limitar sus efectos negativos.

La justificación del control de constitucionalidad reside, en último término, en un cálculo instrumental, por lo que es importante diseñar un sistema de control que sea adecuado a las circunstancias políticas, sociales, culturales y jurídicas de cada país, y que maximice las ventajas de la institución, reduciendo los efectos colaterales perjudiciales.

Por último, hay que tratar de articular el sistema de control de constitucionalidad de modo que se fortalezca su legitimidad democrática, en la medida de lo posible -esto es, en la medida que no se pongan en riesgo las ventajas instrumentales que cabe esperar de esa institución.

En este punto, se advierte una tensión entre dos aspiraciones:

Por un lado, la de proteger a los jueces constitucionales frente a las presiones de la mayoría parlamentaria. La independencia judicial es importante como condición sin la cual los jueces constitucionales no están en buena posición para desempeñar el papel crítico que esperamos de ellos. La independencia no es la razón por la cual creemos que los jueces van a hacer una importante contribución a la tarea de elaborar y salvaguardar los valores fundamentales -la razón está vinculada a los rasgos vistos con anterioridad (tiempo para reflexionar, especialización y cultura de los

principios)-. La independencia respecto de los órganos políticos mayoritarios es una condición que debe cumplirse para que esta tarea se lleve a cabo correctamente, pero no es la razón en virtud de la cual confiamos en los jueces constitucionales.

Por otro lado, sin embargo, los valores fundamentales que los jueces se encargan de interpretar y de hacer valer son los valores que forman parte del consenso político en el que descansa la Constitución. Son los valores que exhiben este pedigrí democrático los que queremos garantizar por medio del control judicial. Es necesario, pues, crear vínculos entre los jueces constitucionales y los órganos políticos democráticos.

Ciertamente, no se trata de convertir los tribunales en instituciones democráticas como lo son los parlamentos, sino de integrarlos dentro de un todo que es globalmente democrático. Existen diversas formas para conseguir este enlace.

Así, el sistema de designación de jueces constitucionales puede ser utilizado para reflejar las orientaciones básicas de los órganos democráticos en diversos momentos históricos. La reforma constitucional es otra vía por la cual las instituciones democráticas pueden reorientar la jurisprudencia constitucional de los tribunales. Gracias a mecanismos de este tipo se puede reducir la tensión entre la justicia constitucional y la democrática.

No obstante, es importante insistir en que es inevitable que se produzca un cierto nivel de tensión.

El control de constitucionalidad arroja un coste democrático que nunca desaparecerá del todo. Este coste es aceptable, sin embargo, si los jueces constitucionales aportan finalmente al sistema político los beneficios que cabe esperar de ellos, según la teoría instrumental.

### *B.2.3) El garantismo como defensa del sistema*

Al enfatizar el papel de los “instrumentos de defensa” del sistema jurídico constitucional, el garantismo rompió con el paradigma jurídico dominante durante la primera mitad del siglo XX, en lo que Ferrajoli denominó “una segunda revolución” en la teoría del Derecho<sup>326</sup>. Al mismo tiempo, renovó el contenido del Derecho Constitucional.

Según Ferrajoli, el carácter “revolucionario” consistiría en el abandono del criterio clásico de validez, incorporando al sistema de producción de normas jurídicas el elemento sustancial que obliga a los poderes públicos a respetar los contenidos impuestos por los derechos fundamentales de rango constitucional, lo que implica adoptar un modelo de estado constitucional

---

<sup>326</sup> V. FERRAJOLI Luigi, Garantismo..., óp., cit.

de derecho que reemplace al tradicional estado legislativo de derecho, añadiéndole a la democracia formal, que regula quien toma las decisiones y como debe tomarlas, una dimensión material que establece también qué es lo que puede y qué es lo que debe decidirse.

Para la teoría garantista la vigencia guarda relación con la forma de los actos normativos, siendo una cuestión de subsunción o correspondencia de las formas de los actos productivos de disposiciones normativas, con las previstas por las normas formales sobre su producción, en particular, la constitución.

La validez, al referirse al significado, es por el contrario una cuestión de coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción.

Para que los derechos fundamentales que la Constitución federal alberga en su seno alcancen vigencia en el plano sociológico, resulta imprescindible poner en funcionamiento instrumentos garantistas que operen eficazmente frente a cualquier intento de violación a sus prescripciones, tanto en la esfera privada contra los poderes públicos como en la esfera pública contra los poderes privados.

La ausencia de estas garantías tiraría por la borda la fuerza normativa que se atribuye a la Constitución, impidiendo la concretización material del proyecto político-jurídico que persigue.

Para concluir el punto, resalto que el garantismo puede y debe ser fortalecido en una triple dirección: en primer lugar, garantizando todos los derechos, tanto los de primera como los de segunda y tercera generación; en segundo lugar, en relación con todos los poderes, ya sean públicos, como los estatales, o privados, como los del mercado; y en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo en el derecho interno sino también en el internacional<sup>327</sup>.

Y Ana María Figueroa afirma con relación a los niveles mencionados, que el contenido de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene su base en un consenso universal. Lo explica así:

Esta nueva concepción del neo constitucionalismo va ampliando la incidencia del DIDH [Derecho Internacional de los Derechos Humanos] en las normas internas; como así también que los actos estatales deben aprobar ese estándar de los derechos humanos para su validez [...] incorporará a la organización interna de los Estados una nueva práctica que

---

<sup>327</sup> V. GARCÍA JARMILLO Leonardo, Los argumentos del neo constitucionalismo y su recepción, en *El canon...*, óp., cit., pág.208.

traerá discusiones y desequilibrios si pretendemos abordarla con las viejas concepciones jurídicas<sup>328</sup>

De ese Derecho Internacional y su contenido curricular, me ocuparé en el punto siguiente.

### *B.3) Proyección Internacional*

#### *B.3.1) El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*

Las Declaraciones, convenciones y tratados sobre esta materia, han creado un rico cuerpo jurídico internacional de protección y promoción de los derechos humanos, como resultado de la voluntad política de los Estados, que incorporaron en sus agendas con carácter prioritario la defensa irrestricta del ser humano como sujeto de protección internacional , con lo que dieron nacimiento al denominado Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que integra el contenido curricular de los Planes de Estudio de las Facultades de Derecho. Durante su aprendizaje, se debaten cuestiones tales como:

---

<sup>328</sup> V. FIGUEROA Ana María, La filosofía..., óp., cit.

- La relación entre Derecho Interno y Derecho Internacional, indagando acerca de las posturas monistas y dualistas, cuya confrontación parece haber sido ya superada.

- La diferenciación entre derechos operativos y programáticos y sus efectos.

- La garantía supranacional de acceso a la jurisdicción

- El grado de eficacia real de los mecanismos de tutela, entre otros.

Con relación al conflicto entre Derechos operativos y programáticos, resulta ilustrativo transcribir textualmente el criterio amplio sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH) -a cuya jurisdicción se sometió expresamente la Argentina “por tiempo indefinido y bajo condición de estricta reciprocidad”-en su Opinión Consultiva N°2/82:

Los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y en particular la Convención Americana (actualmente de jerarquía constitucional) no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados

contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes.

Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal, dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.

En el mismo sentido, en la OC N°11/90, dicho Tribunal precisó el alcance del art.1 de la Convención, afirmando que los estados parte deben no solamente:

Respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino además garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.

Desde esta amplia perspectiva, el término “garantizar” incluye el deber del estado de remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que el mencionado instrumento les reconoce<sup>329</sup>.

### *B.3.2) La Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Uno de los pilares del neo constitucionalismo es el papel que confiere a los jueces, como *garantes* de los derechos fundamentales, siendo los órganos jurisdiccionales los que consolidan el Estado Constitucional de Derecho, en especial su máximo Tribunal a nivel regional: La Corte Interamericana de Derechos Humanos. (CADH)

La Corte tiene expresamente otorgadas funciones contenciosas (arts. 61 a 63 de la CADH) y funciones consultivas (art. 64 CADH)<sup>41</sup>. Al respecto, en la OC N°3/83, ella misma especificó que “en materia contenciosa el ejercicio de la competencia de la Corte depende normalmente de una

---

<sup>329</sup> V. MANGAS MARTIN Araceli, La contribución de la Unión Europea al respeto de los derechos humanos: luces y sombras, en Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI, vol. 2, Colección Escuela diplomática, N° 16, Concepción Escobar Hernández, Dir., (Madrid, 2010) Marcial Pons, pág., 19. En especial referencia al Derecho Privado, puede V. GUZMÁN Mónica, Derechos Humanos y Derecho Internacional Privado, en la obra citada en esta misma nota, pág., 199. Con referencia al Derecho Público, especialmente al Derecho Penal, las observaciones de ERBETTA Daniel pueden V. en Posmodernidad y globalización: Hacia dónde va el Derecho Penal? en El Derecho Privado...Homenaje al Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani...óp., cit., pág. 75.

cuestión previa y fundamental, como es el consentimiento de los Estados para someterse a su jurisdicción. Si ese consentimiento ha sido otorgado, los Estados que participan en el proceso toman técnicamente el carácter de partes en el mismo y se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte (art.68.1, convención)”, agregando posteriormente que “ninguna de estas consideraciones está presente en los procedimientos consultivos. No hay partes pues no hay demandados o actores, ningún Estado es requerido a defenderse contra cargos formales ya que el procedimiento no los contempla: ninguna sanción judicial está prevista ni puede ser decretada” dado que la finalidad de dicho procedimiento no es otra que “facilitar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA la obtención de una interpretación judicial sobre una disposición de la convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”.

El art. 61 de la CADH taxativamente limita a los estados partes del tratado y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la facultad de someter un caso a la Corte, vedando a las personas, tanto físicas como jurídicas, la posibilidad de actuar en la jurisdicción contenciosa. Asimismo, para que la COIDH pueda entender en un caso es necesario que se hayan agotado los procedimientos ante la CIDH (art.61, 2º párrafo), lo cual complica aún más el acceso a los estrados del mencionado tribunal.

Otro de los requisitos para que el ejercicio de las funciones contenciosas sea viable lo impone el art. 62, párrafo 3º, cuando dispone que los estados partes deben haber reconocido en forma expresa –ya sea incondicionalmente, bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado, o para casos específicos- la competencia de la Corte para que esta pueda serles aplicada. La ausencia de dicho reconocimiento impide juzgar al estado ante el tribunal interamericano, negando, lisa y llanamente, la garantía de acceso a la jurisdicción supranacional a las personas cuyos derechos fundamentales se hayan lesionado.

La CIDH puede disponer la adopción de medidas provisionales cuando considere que en aquellos asuntos que esté conociendo pudiera ocasionarse un daño irreparable (art.63, segundo párrafo). Puede también tomar este tipo de medidas en los asuntos que aún no estuvieren sometidos a su conocimiento si así lo solicita la CIDH.

En cuanto a las sentencias de la Corte, la CADH en su art.68, párrafo 1º dispone que deberán ser acatadas por los Estados miembros de la Convención en todo caso en que sean parte.

Hasta aquí se han enunciado algunos de los elementos esenciales que caracterizan tanto a las funciones de la CIDH como al procedimiento dispuesto para poner en funcionamiento esta única garantía jurisdiccional de carácter supranacional que, por el momento, existe en el ámbito regional

como protección de los derechos fundamentales amparados por el sistema jurídico argentino.

Los obstáculos a un pleno, sencillo y expedito acceso al órgano judicial interamericano - livianamente mencionados más arriba- son evidentes. La efectiva protección que exigen los derechos humanos para materializarse en el plano sociológico, a lo largo y a lo ancho del continente, demandan con urgencia la implementación de mecanismos garantistas supraestatales de carácter jurisdiccional más dinámicos, simples y accesibles para las personas, tanto individuales como grupales, que vean mancillados los derechos y libertades fundamentales que la constitución y los pactos les reconocen.

Frente a esto, resulta imposible negar, pese a todas sus imperfecciones, el gigantesco avance que significó a nivel regional, en materia de derechos humanos, el Pacto de San José de Costa Rica y la creación de la CIDH.

Para concluir cito uno de los principios sentados en la OC N°7/86, por la C.I.D.H. que bien puede aplicarse a la totalidad de los tratados internacionales de derechos fundamentales:

El sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo.

En el mismo sentido y con respecto a los fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina, Ana María Figueroa expresa:

Es interesante analizar [...] la validez asignada por la C.S.J.N. a los decisorios de la C.I.D.H. [...] cuando debieron decidir cuestiones semejantes a las ya resueltas por la Corte Interamericana [...] sobre la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad 23492 y 23521; como así también sobre la inconstitucionalidad del indulto 1002/1989<sup>330</sup>.

---

<sup>330</sup> V. FIGUEROA Ana María, La filosofía..., óp., cit.

Y concluye:

Posibilitando que el derecho sea usado como un espacio más  
de resistencia y construcción<sup>331</sup>

---

<sup>331</sup> V. FIGUEROA Ana María, La filosofía....óp., cit.

## CAPÍTULO IV

### C) Núcleo antropológico-jurídico: Su fundamentación

Destinado a la formación de la personalidad como constructo significativo del desarrollo de la vida, con miras a interpretar la realidad social en su temporalidad, sentirse integrado a ella y participar creativamente.

Este núcleo tiene como objetivos ▪ *Orientar* la formación en valores – a partir de la vinculación necesaria entre Derecho y Moral - considerando como valores máximos a los derechos fundamentales y a la democracia, a los que se debe resguardar aplicando los principios constitucionales y el control judicial de constitucionalidad, ▪ *Dar cuenta* de la función del Juez y de los abogados litigantes como garantes del modelo de Estado constitucional de Derecho.

El núcleo se inicia con la formación garantista tomando como punto de partida las reflexiones de L. Ferrajoli. Mediante ella, letrados intervinientes y jueces, deben solicitar/aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida. Se considera que su interpretación y aplicación son siempre un juicio sobre la ley misma, que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional.

Se resalta que esta formación tiene importantes efectos tanto en su dimensión práctica como en la responsabilidad cívica de los graduados, que se ponen en evidencia frente a las antinomias y lagunas. Se promueve su superación mediante las garantías establecidas por el sistema – nacional y supra nacional - y la subordinación de la ley a los principios constitucionales.

La ciudadanía, cuya representación mítica implica *todos*, es en este núcleo la base de sustentación del garantismo, como lugar de encuentro de grupos diferentes cada vez más numerosos.

Se resaltan los conceptos de igualdad y diferencia, como aspectos críticos de la noción actual de ciudadanía, en especial su ruptura con otra, también compleja: la de subjetividad.

En relación con la tensión ciudadanía – subjetividad, una parte de la doctrina neo constitucional menciona especialmente la fórmula canónica del siglo XVIII que consiste en *la búsqueda de la felicidad y de la fraternidad como derechos humanos*; como un camino para reconstruir el sentido de ciudadanía y fortalecer la identidad/identidades.

Se destaca también en este núcleo la importancia del papel del juez, que si bien ya fue señalado dentro de la formación garantista, tiene significado preponderante por su actuación en el centro de la escena, con un desplazamiento del legislador y una judicialización creciente de las

cuestiones, en la medida que la Constitución ofrece orientaciones en las más heterogéneas esferas.

El núcleo concluye con un fortalecimiento de la formación del graduado para concretar procesos de paz y excluir en lo posible toda forma de violencia. En directa relación con la construcción de sociedades abiertas, plurales y multiculturales, del sostenimiento de la democracia y de la participación ciudadana, se consolida la formación para enfrentar situaciones de conflicto y resolverlas a través de negociaciones y mediaciones. A ello apunta también la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

### *C.1) La formación garantista*

Aunque nacido en el Derecho penal, el paradigma garantista ha demostrado una extraordinaria capacidad expansiva, al punto de dar cuenta en diversos planos del modelo educativo, sus posibilidades de formar para el ejercicio pleno de los derechos fundamentales.

Para ello, desde la doctrina del Derecho Penal se construye el concepto de garantismo con relación a tres ejes que a su vez, constituyen núcleos curriculares de los Planes de estudios: los derechos sociales, la democracia

internacional y la ciudadanía.<sup>332</sup>

Con respecto al primer tema Miguel Carbonell<sup>333</sup> profundizó las investigaciones sobre los orígenes y las razones históricas y políticas del estado social y sobre el cambio de paradigma del Estado de derecho producido por la positivación de los derechos sociales, que fueron sumándose a los derechos de libertad.

Gracias a esta ampliación del modelo del estado de derecho, que consiste en imponer a la esfera pública no sólo límites sino también vínculos, no sólo prohibiciones de lesión (o garantías negativas) sino también obligaciones de prestación (o garantías positivas), el Estado ha ampliado y reforzado sus fuentes de legitimación:

Ya no es “percibido” como un potencial enemigo de los derechos fundamentales y comienza a tomar, por el contrario, el papel de promotor de esos derechos, como actor de satisfacción. [...] En este nuevo papel del Estado, el derecho social más significativo en el plano teórico y en el político, es

---

<sup>332</sup> V. FERRAJOLI Luigi, Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia, (Madrid, 2006), Trotta, pág., 112.

<sup>333</sup> V. CARBONELL Miguel, Nuevos tiempos para el constitucionalismo, en *Neo constitucionalismo(s) óp., cit., pág., 9.*

el derecho a una renta básica.<sup>334</sup>

Desde esta perspectiva, este derecho permitiría no sólo asegurar el mínimo vital en una época en que el desempleo ha llegado a convertirse en un fenómeno estructural y se ha roto, de manera quizá irreversible, el nexo entre supervivencia y trabajo, sino que serviría también para reforzar la autonomía contractual de los trabajadores, emancipándolos de su total dependencia respecto del mercado de trabajo y, por tanto, de la explotación en todas sus formas, que se produce en los desiguales intercambios, propios de las relaciones laborales.

Es verdad que los derechos sociales y las correspondientes “obligaciones sociales”, que Carbonell analiza en detalle ofreciendo interesantes propuestas garantistas, cuestan.

Cabe sin embargo afirmar que cuesta todavía más, en términos de ausencia de desarrollo económico, su insatisfacción.

Luigi Ferrajoli lo expresa diciendo:

---

<sup>334</sup> V. CARBONELL Miguel y SALAZAR Pedro, Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, (Madrid, 2010) Trotta, pág., 171 y ss. También disponible en [www.miguelcarbonell.com](http://www.miguelcarbonell.com) (08-02-2011)

En un mundo globalizado como el actual, con las condiciones de creciente miseria que se dan en los países subdesarrollados, donde el hambre, la enfermedad y la mortalidad precoz minan la capacidad productiva individual y, con ello, el crecimiento de la economía en su conjunto, a diferencia de lo que sucede en los países ricos, cuyo desarrollo económico no habría sido posible si no hubiera logrado la garantía de los mínimos vitales<sup>335</sup>.

Por otro lado, los derechos de libertad también tienen un coste. La distinción teórica entre garantías negativas (de los derechos de libertad) y garantías positivas (de los derechos sociales)- unas consistentes en límites o prohibiciones de lesión, otras en vínculos u obligaciones de prestación- se refiere únicamente a la estructura típica de las dos clases de derechos.

Es así que también los derechos sociales, como por ejemplo los derechos a la salud y al medio ambiente, requieren límites y prohibiciones de lesión; y también los derechos de libertad, de la seguridad individual frente a las agresiones a la libertad personal frente a la arbitrariedad represiva,

---

<sup>335</sup> V. FERRAJOLI Luigi, Garantismo..., óp., cit., pág., 114.

requieren obligaciones de hacer a cargo de costosos aparatos administrativos y judiciales.

Con respecto al segundo tema mucho más difícil e improbable parece el desarrollo de un garantismo y de un constitucionalismo que se desarrollen a un nivel internacional, así como igualmente compleja se muestra la construcción de una esfera pública global.

Lorenzo Córdova Vianello desarrolló tres núcleos argumentales que dificultan sus posibilidades:

En primer lugar, su carácter irreal, dado que el mundo avanza en una dirección totalmente contraria a la propuesta por el paradigma de la democracia constitucional; en segundo lugar, el peligro de que la desaparición de la soberanía de los Estados, exigida también jurídicamente en virtud de que son ellos mismos los que se encuentran sujetos a los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos, se traduzca de hecho, en ausencia de garantías de rango supraestatal, no en el reforzamiento y expansión de los mecanismos de tutela, sino en una crisis de los tradicionales instrumentos estatales de garantía; en tercer lugar, la precondition en gran medida

utópica y, sin embargo, reconocida por el paradigma constitucional global, de la instauración de un gobierno mundial democrático<sup>336</sup>.

Aunque se trata de dificultades enormes e innegables, la postura neo constitucional sostiene en general, que nada hay en ellas que menoscabe la “lógica garantista” del paradigma teórico del constitucionalismo global<sup>337</sup>.

Ante esta realidad, Ferrajoli ha hecho hincapié en dos distinciones. La primera es entre realismo a corto plazo y realismo a largo plazo. Dice que:

Podemos pensar que la perspectiva de un garantismo global es a corto plazo irreal, pues choca con los intereses de los países ricos y de las grandes potencias. Pero la hipótesis menos realista a largo plazo es que la realidad pueda

---

<sup>336</sup> V. CORDOVA VIANELLO Lorenzo, El control de constitucionalidad y sus dilemas, en Revista del Instituto de Estudios para la transición democrática Nexos, N°365, año 2008, disponible en [www.ietd.org.mx](http://www.ietd.org.mx) (08-02-2011). También del mismo autor y SALAZAR Pedro, puede V. ( Re) pensar a Bobbio (México, 2007) Siglo XXI, donde analizan el pensamiento bobbiano construido sobre la tríada: derechos, democracia y paz., que a su vez, culmina en la noción de Derechos Humanos.

<sup>337</sup> V. FERRAJOLI Luigi, Garantismo...óp., cit., pág., 116.

permanecer estable durante mucho mas tiempo, sin que la creciente desigualdad, el hambre y la miseria de la gran mayoría de la población del planeta, en contradicción además con esas cartas internacionales de derechos que todos celebran, acabe trayendo un futuro de guerras, revoluciones y violencia y terrorismo capaces de acabar con nuestras democracias y nuestros desaprensivos tenores de vida<sup>338</sup>.

La segunda distinción, es la que se produce entre realismo y pesimismo:

La relación entre imposibilidad teórica e improbabilidad práctica es necesaria para que nadie pueda tomar la primera como justificación y cobertura de la segunda. Las dificultades y los obstáculos que se oponen a la construcción de una democracia internacional son todos de carácter político, y en ningún caso de carácter teórico<sup>339</sup>.

---

<sup>338</sup> V. FERRAJOLI Luigi, Garantismo... óp., cit., pág., 116.

<sup>339</sup> V. FERRAJOLI Luigi, Garantismo...., óp., cit., pág., 116.

Para concluir este punto me parece muy importante el desarrollo del pensamiento neo constitucional en la idea de autores como Ferrajoli, quien sostiene que todos los derechos fundamentales *deberían* estar anclados en la condición de persona y/o de capaz de obrar, y no ya en la ciudadanía: una categoría que un constitucionalismo global debería dejar atrás junto con la soberanía estatal:

En nuestras actuales democracias constitucionales [...] la ciudadanía, en contraste con su papel originario de factor de igualdad e inclusión, opera como un factor de exclusión en relación con los millones de inmigrantes que presionan nuestras fronteras y que, cuando consiguen traspasarlas, quedan relegados, a la condición de “súbditos”, porque carecen de derechos políticos, o peor aún de “siervos” en el caso de que se vean forzados a caer en la clandestinidad<sup>340</sup>.

---

<sup>340</sup> V. FERRAJOLI Luigi, Garantismo... óp., cit., pág., 120.

Y citando a Ermanno Vitale<sup>341</sup>, profundiza aún más, diciendo que:

Nuestras constituciones estatales, en efecto, confieren también casi todos los derechos fundamentales a todos los individuos en cuanto personas y no en cuanto ciudadanos, aunque luego se encarguen de hacerlos vanos con la atribución exclusiva a los ciudadanos del derecho de residencia en el territorio del estado.[...] El derecho de la persona a emigrar y a inmigrar, debería sobre esta base operar como “idea regulativa de las políticas en materia de inmigración” [...] ; ello “no significa negar que los flujos inmigratorios deban ser regulados: significa que los flujos deben regularse con la finalidad de favorecerlos” y no de “impedirlos” sobre la base de un erróneo “culturalismo que hoy ha reemplazado al racismo”, o de permitir su “gestión como si se tratara de mercancías o de recursos a disposición de los procesos económicos (como una fuerza de trabajo que carece de

---

<sup>341</sup> Para una profundización mayor puede V. VITALE Ermanno, Futuro de la Democracia y “Universales procedimentales”, trad. de Pedro Salazar Ugarte, disponible en [www.bibliojuridica.org](http://www.bibliojuridica.org) (08-02-2011)

derechos fundamentales)<sup>342</sup>

### *C.1.1) La ciudadanía*

La ciudadanía es una categoría de la modernidad, que se fue estructurando junto con el crecimiento de las ciudades y con la definición del sentido público.

La experiencia urbana que se organizó entre los siglos XVI y XVIII implica la aparición de un lugar de encuentro de grupos diferentes cada vez más numerosos, una modificación importante de los hábitos de vida, de las formas de placer y de las necesidades.

Lo “público” representaba, entonces, una región de la vida social separada del ámbito familiar y de los amigos íntimos<sup>343</sup>.

A medida que las ciudades crecían aparecieron redes de sociabilidad independientes del control directo y aumentaron los sitios donde los

---

<sup>342</sup> V. FERRAJOLI Luigi, Garantismo..., óp., cit., pág., 121.

<sup>343</sup> V. RUIZ Alicia, Idas y vueltas. Por una teoría crítica del Derecho, (Buenos Aires, 2001) Del Puerto, pág., 69.

extraños podían encontrarse regularmente: los cafés y los bares, la ópera y el teatro, los grandes parques, las avenidas y las calles.

Richard Sennet se refiere al tema diciendo que:

En ese contexto, los comportamientos y las carencias de los habitantes de las ciudades expresan de manera no siempre precisa la línea divisoria entre la vida pública, constituida esencialmente por las exigencias de la civilidad, y la vida privada, con las exigencias de la naturaleza encarnadas en las familias. [...] El Iluminismo produjo un equilibrio entre la geografía pública y la privada que habría de conmoverse con las grandes revoluciones de finales del siglo XVIII y posteriormente con el ascenso del capitalismo industrial<sup>344</sup>.

La teoría de los derechos de los hombres sustentadas en el principio de que toda persona es titular de ciertos derechos básicos, independientemente de los usos y costumbres de la sociedad en la que viviera y las

---

<sup>344</sup> V. SENNET Richard, O declínio da home publico, (San Pablo, 1993) Companhia dos Letras., pág. 25 y ss.

formulaciones canónicas de esos derechos, son pues originarias del contexto histórico que se corresponde con el siglo XVIII.

Así se proclama la universalidad y la inviolabilidad del derecho a la “vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad” o bien a la “libertad, a la igualdad y a la fraternidad”; como los derechos básicos de la humanidad. Dice al respecto Alicia Ruiz:

Hoy nos resulta más fácil ver como derechos, a la libertad y a la igualdad, que a la búsqueda de la felicidad o a la fraternidad<sup>345</sup>.

Esto se debe a que hemos perdido de vista que en el siglo XVIII, una cierta oposición entre la naturaleza y cultura otorgaban a la psiquis una dignidad natural y, entonces, tanto se afectaban derechos naturales cuanto se afectaba la propiedad, como cuando se dañaba o se avergonzaba a otro.

---

<sup>345</sup> V. RUIZ Alicia, Idas y vueltas..., óp., cit., pág., 70.

En consecuencia, la felicidad integró la lista de los derechos humanos en sus primeras formulaciones. Abordaré el tema en especial, en el punto siguiente.

La palabra clave del mito del ciudadano, es *todos*. Ese *todos* de la igualdad moderna que supone un doble proceso de despojamiento y de revestimiento, sin el cual los hombres no podrían reconocerse en el “espejo mágico de la ciudadanía”<sup>346</sup>.

Juan Ramón Capella lo define así:

Los individuos concretos se despojan de su sexo, de su raza de su religión, de su cultura, de su nación, de su condición social para ser solo portadores de una opinión, electores de sus representantes, “ciudadanos”, como una forma adecuada de liberarse de los viejos vínculos que los someten. Simultáneamente, se revisten del manto discursivo de los derechos: [...] derechos a la libertad de conciencia, a la libertad de expresión, de reunión, de asociación, derecho al voto, a la libertad de movimiento, de residencia, de comunicación, a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a

---

<sup>346</sup> V. RUIZ Alicia, Idas y vueltas..., óp., cit., pág., 70.

no ser detenido sino en el caso y en la forma en que las leyes lo fijen [...] derecho a la libre asociación sindical, derecho de huelga, derecho a no ser discriminado, derecho a la vivienda, al trabajo, a la salud al descanso<sup>347</sup>

Es por eso que el acceso a la ciudadanía supuso una ruptura de las relaciones sociales que ligaban y/o separaban a los unos de los otros, y la decadencia de ciertas diferencias que eran relevantes, evidentes y reconocibles (como la cuna, los títulos de nobleza o la propiedad de la tierra) a las que se correspondían distintas maneras de hablar, de vestirse, de comer, de seducir, etc.

Según Alain Touraine, pueden distinguirse dos conceptos de ciudadanía. El primero está relacionado con la soberanía popular, el segundo con los derechos del hombre. Pero ambos se unifican en la idea del sujeto como ser racional y una sociedad como construcción también racional<sup>348</sup>.

Desde las Ciencias de la Educación, Gladys Fava explica en igual sentido:

---

<sup>347</sup> V. CAPELLA Juan Ramón, Los ciudadanos siervos, (Madrid, 1993) Trotta, pág. 12 y ss.

<sup>348</sup> V. TOURAINE Alain, Un nuevo paradigma para comprender el mundo de hoy, trad. de Agustín López Tobajas, (Buenos Aires, 2006) Paidós, pág. 68.

El concepto de ciudadanía que nuestra educación manejó hasta hace muy poco tiempo y que subsiste aún en el imaginario de la mayoría de los docentes, proviene de la modernidad<sup>349</sup>.

Esta ruptura organizó los espacios de lo público instituyendo al “ciudadano”, despojado de sus marcas personales pero revestido de derechos, en el eje de una nueva forma de sociabilidad, que sin embargo, produjo consecuencias paradójicas:

Alicia Ruiz dice:

Cuanto más se declara la universalidad de los derechos, más abstracta se torna la categoría de ciudadano, y más y más se ocultan las diferencias que ese orden social genera y cuya subsistencia dependerá, ahora, en buena medida de la

---

<sup>349</sup> V. FAVA Gladys, Ética y Ciudadanía, en Contexto Educativo, Revista Digital de Educación y Nuevas Tecnologías, N° 4, año 2000, disponible en [www.contexto-educativo.com.ar](http://www.contexto-educativo.com.ar) (08-02-2011)

negociación y el encubrimiento de nuevas injusticias y desigualdades a las que el programa filosófico y político del Iluminismo sirve contradictoriamente de escudo<sup>350</sup>.

Es desde esta mirada, que la matriz del proyecto de la modernidad, se organiza sobre dos ejes: emancipación y regulación<sup>351</sup>.

La emancipación se construye a partir de tres dimensiones en las que se manifiestan la secularidad y la racionalidad de la vida colectiva: el derecho, las ciencias y las artes. La regulación, en torno a tres principios; el mercado, el Estado y la comunidad:

Emancipación y regulación no se equilibran en el modelo capitalista. La regulación creció a costa de la emancipación, en un proceso no lineal y contradictorio que la ciudadanía atraviesa signada por esa preeminencia de la emancipación

---

<sup>350</sup> V. RUIZ Alicia, Idas y vueltas... óp., cit., pág., 71.

<sup>351</sup> V. DE SOUSA SANTOS Boa ventura, O Estado e o direito na transicao pos-moderna: para un novo senso sobre o poder e o direito, en Revista Critica de Ciencias Sociales, N° 30, (San Pablo, 1990).

sobre la regulación, siendo por tanto directa o indirectamente reguladora y estatizante<sup>352</sup>.

Desde esta perspectiva, las características de la ciudadanía son las que generan una tensión insuperable con la subjetividad.

La igualdad de la ciudadanía choca con la diferencia de la subjetividad porque en la regulación liberal esa igualdad, profundamente selectiva, ignora diferencias tales como raza, propiedad, sexo que luego vendrán a ser los objetos centrales de luchas igualitarias.

En el plano de la regulación, los principios del mercado, del Estado y de la comunidad no siempre se ordenan y caracterizan de la misma manera.

Es así que en la etapa de capitalismo organizado hay un mayor equilibrio entre Estado y mercado. La institución política es el Estado de bienestar y la ciudadanía cívica se amplía a la ciudadanía social. Incide en esta nueva relación la presión del principio de comunidad, donde se originan las formas de acción solidaria y las luchas sociales en procura de mayores

---

<sup>352</sup> V. DE SOUSA SANTOS Boa ventura, *O Estado...óp.*, cit., pág., 12. También del mismo autor puede V. *La universidad del siglo XXI*, trad. de Ramón Moncada, (Buenos Aires, 2005) Miño y Dávila, pág. 37.

beneficios, que significaron la integración política de las clases trabajadoras y una mayor legitimación del Estado<sup>353</sup>.

La tercera etapa supone la rehegemonización del mercado con la supresión casi total del principio de comunidad y un notorio debilitamiento del principio de Estado. La globalización de la economía, la descentralización, transnacionalización y fragmentación de la producción, la segmentación del mercado de trabajo, la dirección hegemónica de las empresas multinacionales, del proceso productivo, la precarización del salario, la flexibilización de las relaciones laborales, confluyen en una mezcla entre el reconocimiento del mercado y de la subjetividad como aglutinantes de la práctica social.

Continúa De Sousa Santos expresando que:

Las ideas de libertad, iniciativa privada, competencia, mérito y lucro, han sido decisivas en el desmantelamiento del Estado providencia<sup>354</sup>

---

<sup>353</sup> V. RUIZ Alicia, Idas y vueltas..., óp., cit., pág., 72.

<sup>354</sup> V. DE SOUSA SANTOS Boa ventura, O Estado..., óp., cit., pág., 70.

Desde esta realidad, algunos neo constitucionalistas consideran que la clave para pensar hoy la noción de ciudadanía pasa por sustituir la “igualdad” por la “diferencia”, lo que es para otros, tanto como proponer otro programa filosófico y político.

Alicia Ruiz expresa:

El espacio desde el cual hay que trabajar teórica y prácticamente es el de una sociedad fragmentada, que carece de proyectos colectivos, que promueve el individualismo más exacerbado y la insolidaridad más atroz, que aparta, discrimina, desatiende. Este mundo no permite la afirmación inocente de la igualdad ante la ley como un *desiderátum* ni el desconocimiento de las condiciones en que nos sitúan según la edad, el sexo, el acceso a la educación a la salud o al mercado de trabajo<sup>355</sup>.

---

<sup>355</sup> V. RUIZ Alicia, Aspectos ideológicos del discurso jurídico, en Materiales para una teoría crítica del derecho, (Buenos Aires, 1991) Abeledo Perrot.

La concentración del poder económico, la mundialización de las redes de información, la crisis de las formas de la representación política no han vuelta a la sociedad más transparente, ni más igualitaria.

El debilitamiento del poder del Estado y de la noción de soberanía y la “naturalización del mercado”, entronizado como el principio insustituible en la organización de la vida social, debilitaron al ciudadano, sujeto de derecho por excelencia, y convirtieron en mentirosas descripciones del mundo a las ficciones constituyentes del imaginario democrático<sup>356</sup>.

La primera cuestión que se plantea es desde dónde planteamos la “diferencia”, porque ese lugar es el que determinará el efecto de la enunciación. El reconocimiento de la diferencia puede jugar a favor de la inclusión o de la exclusión en el campo de los derechos y otro tanto sucede con su desconocimiento. La negación, la naturalización o la mención de una diferencia puede acentuar y justificar la desigualdad real o bien, contribuir a superarla. Así, por ejemplo cuando nombramos la diferencia sexual, la creamos y cuando la nombramos del modo en que la nombramos restringimos nuestro entendimiento a las partes sexuales relevantes a aquellas que ayudan al proceso de la producción, haciendo con ello de la heterosexualidad, una necesidad ontológica.

---

<sup>356</sup> V. RUIZ Alicia, Idas y vueltas..., óp., cit., pág., 74.

Una segunda cuestión reside en el hecho de que la “igualdad declarada en la ley” por muy formal que ella resulte no puede desecharse sin más. Aunque insuficiente, es portadora de ciertas marcas valiosas de nuestra cultura y de conquistas obtenidas a través del esfuerzo y del sacrificio de muchos, en procura de una sociedad mejor.

La dificultad para resolver estas cuestiones y su complejidad, hace que resulte tan difícil la construcción de una noción de ciudadanía desde la diferencia<sup>357</sup>

### *C.1.2) La felicidad y la fraternidad como bien común político*

Mención especial en el modelo neo constitucional, merecen dos expresiones algo olvidadas de las fórmulas canónicas de los derechos del hombre del siglo XVIII: la “búsqueda de la felicidad” y “de la fraternidad” como derechos humanos; y que su ejercicio corresponde a la esfera de lo público y no a la de la vida privada.

Habermas define lo público así:

---

<sup>357</sup> V. TOURAINE Alain, Un nuevo paradigma..., óp., cit., pág., 96.

Bajo esfera de lo público entendemos en principio, un campo de nuestra vida social en el que se puede formar algo así como opinión pública. [...] Una parte de la esfera de lo público se constituye en cada discusión de particularidades que se reúnen en público<sup>358</sup>.

La idea de que la “búsqueda de la felicidad” y la “fraternidad” son derechos que deben reconocerse y ejercitarse en el campo de lo público, ligada a la priorización de las diferencias por sobre la igualdad formal, abre un camino interesante para la crítica a la forma histórica asumida por el individualismo en la neutralización de la identidad.

Esta perspectiva podría ser un punto de partida para reconstruir el sentido de la “ciudadanía”.

Si la clave es la sustitución de la “igualdad” por la “diferencia”, la “ciudadanía” adquiere otro significado y produce un corte con la tradición moderna.

---

<sup>358</sup> V. HABERMAS Jürgen, La esfera de lo público, trad. de Francisco Galván Díaz, Kultur und kritik, (Frankfurt, 1973) Suhrkam, disponible en [www.revistasuam/dialectica](http://www.revistasuam/dialectica) (09-02-2011)

Paradójicamente, al volver la mirada acerca de la “felicidad” y la “fraternidad” como derechos, la sociedad se hace cargo de un legado que la modernidad le dejó y que requiere una nueva dimensión.

Alicia Ruiz lo justifica del siguiente modo:

Este planteo nos hace postmodernos, por una parte y modernos por la otra. Sostener la diferencia significa [...] rechazar la identificación unitaria que niega y anula la existencia del otro. Significa también determinar de nuevo un espacio común. En la intersección de ese espacio y de ese tiempo habría que ubicar al ciudadano del siglo XXI<sup>359</sup>.

El neo constitucionalismo podría encontrar en este camino, la respuesta a su actual encrucijada.

---

<sup>359</sup> V. BARCELLONA Pietro, Postmodernismo y comunidad. El regreso de la vinculación social, (Madrid, 1992) Trotta, pág. 14.

### *C.1.3) El papel del juez*

Desde el neo constitucionalismo, al poder judicial se le exige que asuma y resuelva muchos y nuevos problemas, lo que se comprende mejor si se analiza el tema en relación con el carácter omnipresente de la Constitución desarrollado en el punto B 5 de este capítulo.

Como hemos dicho allí, la Constitución ofrece un denso contenido material compuesto de valores, principios, derechos fundamentales, etc., de manera que es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación en el texto constitucional.

Luis Prieto Sanchís lo expresa así:

Cabe decir que detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice. Por ejemplo [...] el Código Civil protege bien la autonomía de la voluntad, bien el sacrosanto derecho de propiedad; y ambos encuentran sin duda respaldo constitucional. Pero frente a ellos militan siempre otras consideraciones también constitucionales como [...] la

función social de la propiedad, [...] la protección del medio ambiente, el derecho a la vivienda [...] y otros<sup>360</sup>

De tal manera que el efecto de impregnación o irradiación del texto constitucional hace que en definitiva todo termine bajo el análisis del Derecho Constitucional. Como la Constitución es una norma y la norma está presente en todo tipo de conflictos, el neo constitucionalismo desemboca en la omnipresencia judicial.

El legislador deja entonces de ser el referente supremo como lo era en el modelo constitucional tradicional, para ser de algún modo desplazado por el juez. Dice Prieto Sanchís:

En la medida en que la Constitución ofrece orientaciones en las más heterogéneas esferas [...] que están confiadas a la garantía judicial, el legislador pierde lógicamente autonomía [...] y la solución que la regulación ofrezca nunca se verá por

---

<sup>360</sup> V. PRIETO SANCHÍS Luis, Neo constitucionalismo y ponderación judicial, en Carbonell Miguel, coord., Neo constitucionalismo(s), óp., cit., pág., 132.

completo exenta de la evaluación judicial, a la luz de la Constitución<sup>361</sup>

Ante esta situación, Alicia Ruiz afirma:

Los jueces, colocados de pronto en el centro de la escena, no sabemos cómo jugar el papel asignado. Estamos perplejos [...] porque la responsabilidad no es menor, los modelos heredados sirven poco y no nos reconocemos<sup>362</sup>

Y aporta una visión crítica diciendo que:

---

<sup>361</sup> V. PRIETO SANCHÍS Luis, Neo constitucionalismo y ponderación..., óp., cit., pág., 133.

<sup>362</sup> V. RUIZ Alicia, Idas y Vueltas... óp., cit., pág., 50.

En general la sociedad se enfrenta a una judicialización creciente de lo político, o más precisamente de mucho de lo que, en etapas previas, parecía ajeno y alejado del ámbito jurisdiccional, cuestiones que muchas veces, no se puede o no se quiere, resolver en otros espacios del sistema<sup>363</sup>.

A ello hay que agregar que la sociedad se enfrenta también a un estado que se devalúa y simultáneamente, incrementa su complejidad; a un sistema jurídico que crece y cambia aceleradamente, por vías y fuentes muy variadas; a la aplicación multiplicada de normas derogadas; a la aparición de difíciles problemas acerca de qué tratos del ordenamiento son aplicables y cuáles han dejado de serlo; a interpretaciones contradictorias que suelen pasar desapercibidas, que conllevan muchas veces, discrecionalidad, arbitrariedad e inequidad en las decisiones de los jueces; a una real “explosión de litigiosidad”, que en buena medida es consecuencia de la desatención, la postergación o el desconocimiento de necesidades sociales que padecen sectores, cada vez mayores de personas afectadas en sus derechos y garantías más elementales, y a una legislación que se orienta, en muchos casos, sólo a suministrar soluciones de

---

<sup>363</sup> V. RUIZ Alicia, Idas y vueltas...óp., cit., pág., 50.

coyuntura, bajo la forma de una normatividad general, con pretensión de prescribir hacia el futuro:

En esta situación muchísimos jueces aparecen definitivamente desbordados por las circunstancias, se sienten responsables frente a la ciudadanía y se preguntan quiénes son, qué se espera de ellos<sup>364</sup>.

El juez de la Corte Suprema argentina Eugenio Zaffaroni señala que en América Latina no se planteó la cuestión judicial como problemas del poder:

En nuestra región no hay historia judicial al menos si por tal entendemos la historia política [...] con lo cual se hace imposible su comprensión porque no hay fenómenos del poder

---

<sup>364</sup> V. RUIZ Alicia, Idas y vueltas... óp., cit., pág., 51.

que resulte explicable si se ignora cómo se gesta. La pérdida de la memoria es uno de los más conocidos recursos para impedir la crítica y permitir la reincidencia de los mismos errores. Un poder judicial sin historia corresponde a la imagen desdibujada del juez que siempre ha querido proporcionarle el *establishment*, o sea, acéptico, al que el poder le pasa sin rozarle, porque no lo protagoniza<sup>365</sup>.

En igual sentido, la magistrada Alicia Ruiz:

La institución judicial de modo altamente eficaz, elude el carácter social y político de la magistratura en el discurso sobre sí misma que transmite y enseña a sus integrantes<sup>366</sup>

---

<sup>365</sup> V. ZAFFARONI Eugenio Raúl, Dimensión política de un Poder Judicial democrático, transcripción de su Conferencia en el Seminario sobre Reforma Judicial en el Ecuador, Guayaquil, 1992, en Cuadernos de Derecho Penal, disponible en [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar) (09-02-2011)

<sup>366</sup> V. RUIZ Alicia, Constitución y jurisdicción: por un compromiso del juez latinoamericano, en Revista Información y Debate, Jueces para la democracia, N° 41, año 2001, disponible en [www.juecesdemocracia.es](http://www.juecesdemocracia.es) (09-02-2011)

Un poder judicial sin historia ni pasado, esto es, sin memoria, se compone de jueces de “imagen desdibujada” ante la sociedad y ante sí mismos; privados, entre muchos otros atributos, de la capacidad de reconocerse como parte del poder político del estado.

Jueces cuya vida, en tanto jueces, se limita a “repetir” mecánicamente, temerosos del apartamiento de lo ya hecho y lo ya dicho (recopilando, ordenando y reiterado en los repertorios de jurisprudencia y en los anales de legislación); condenados a la represión de sus mejores posibilidades de imaginar otras formas de resolver los conflictos que llegan a su conocimiento; jueces puestos frente a nuevos problemas y a mayores compromisos.

Jueces a los cuales, y no por casualidad, se les borra de la memoria que, en la dinámica del derecho, muchas innovaciones tales como el recurso de amparo, el abuso de derecho, la teoría de la imprevisión, el recurso extraordinario por sentencia arbitraria, por citar algunos, fueron reconocidas en las sentencias de los tribunales antes que en la ley.

Sintetiza entonces Alicia Ruiz:

Sin conciencia del altísimo grado de *politicidad* de la labor que cumplen, que, sin embargo y aunque no lo quieran o no lo sepan, expresan en cada decisión la inescindible relación entre derecho y política<sup>367</sup>

Hay que poner en crisis la imagen idealizada del juez que decide “por encima de”, “más allá de” intereses en pugna y dotar de nuevos significados a expresiones como la “independencia judicial”, la “supremacía de la ley” y el “Estado de derecho”.

En las democracias modernas la actividad creadora de los jueces, que se desarrolla a partir de la interpretación, es una actividad controlada por los principios positivos de la naturaleza garantista que, en las sociedades actuales se encuentran consagrados constitucionalmente,

Hay un tránsito del estado de derecho al estado constitucional, en el que las leyes se subordinan a los principios constitucionales y los jueces también.

El juez está obligado a aplicar la ley, pero esta obligación sólo se satisface cuando para decidir la aplicación de cualquier norma del ordenamiento, ese

---

<sup>367</sup> V. RUIZ Alicia, Idas y vueltas..., óp., cit., pág., 52.

juez ha meditado previamente acerca de la adecuación de esa norma a la constitución.

No se trata entonces de una “aplicación mecánica”, sino de resultado de una lectura marcada por el conjunto de los principios constitucionales.

De aquí que el poder judicial sea un factor esencial de la viabilidad y supervivencia del pacto de sociabilidad que la constitución expresa.

Desde la perspectiva neo constitucional, los jueces tienen la carga de sostener la vigencia irrestricta de los derechos fundamentales, que se corresponden con los principios constitucionales. Alicia Ruiz dice:

Estos derechos son el resultado de largas luchas sociales, concreción del sueño de miles de hombres y mujeres de carne y hueso, que no merecen ser traicionados, y esperanza [...] para las generaciones por venir<sup>368</sup>.

---

<sup>368</sup> V. RUIZ Alicia, Constitución y jurisdicción...óp. cit.

Productos humanos, como la democracia y la Constitución necesitan del esfuerzo, el compromiso y la atención constantes. No pueden ser descuidados ni postergados.

Alicia Ruiz define su papel de magistrada en estos términos:

Los jueces deberemos comprender que seremos más independientes cuanto más directa y manifiestamente nos involucremos en hacer de la constitución una parte sustancial de nuestra “cultura”, cuando asumamos, por fin, que “decir derechos” y “resolver las causas” es tanto como aplicar, día tras día, las clausulas constitucionales [...] cuando aprendamos que el orden jurídico se lee desde la “constitución”, que cada ley, cada decreto, cada resolución sólo podrán utilizarse como marco para la decisión concreta, luego de haberlas sometido al test de constitucionalidad<sup>369</sup>

---

<sup>369</sup> V. RUIZ Alicia, Idas y vueltas... óp., cit., pág., 56.

Los neo constitucionalistas sostienen que la supremacía de la constitución no es el resultado de ninguna operación lógica al interior de un sistema de normas, sino de su afirmación incansable como criterio último de interpretación y como principio legitimador de prácticas sociales; pero el problema radica en encontrar un justo equilibrio entre el *todo o nada* que significa identificar la Justicia, con la Constitución.

Así lo expresa Santiago Sastre Ariza:

Estas teorías intentan alcanzar un equilibrio entre la idea de que el Derecho en sí mismo es algo valioso, sobre todo si se tiene en cuenta el Derecho que surge en el seno de la democracia constitucional, pero no hay que olvidar que también la injusticia de nuestro mundo es, en muy buena medida, una injusticia jurídica, legal; un resultado de respetar el Derecho, no de infringirlo<sup>370</sup>

---

<sup>370</sup> V. SASTRE ARIZA Santiago, La ciencia jurídica ante el neo constitucionalismo, en Carbonell Miguel, ed., *Neo constitucionalismo(s)*, óp., cit., pág., 258.

#### *C.1.4) La educación para la paz*

Si hay que elegir una definición acerca de la paz, podría decirse en un sentido muy general, que es un espacio de encuentro y un tiempo de relaciones humanas gozosas.

Ni es solo ausencia de guerra, ni significa ausencia de conflictos. Convivir en tolerancia y armonía puede suponer un conflicto continuo, pero es positivo en el sentido que es una derrota continuada de la violencia<sup>371</sup>.

Las relaciones humanas son siempre conflictivas y la superación pacífica y positiva de estas situaciones es precisamente la forma de convivencia armónica de las distintas culturas, pueblos, religiones, sexos, razas y demás diferencias que puedan servir de excusa para la división, el antagonismo, el odio o la incompreensión.

La educación para la paz es por tanto un proceso que debe estar presente en el desarrollo de la personalidad, porque implica promover el aprendizaje de actitudes de respeto hacia todas las personas, de compromiso y de responsabilidad en la resolución de los conflictos.

Dice Julio Vidanes Díez:

---

<sup>371</sup> V. CAIRETA SAMPERE Marina y BARBEITO Cécile, Introducción de conceptos: paz, violencia, conflicto, en Cuadernos de Educación para la Paz de la Universidad Autónoma de Barcelona (Barcelona, 2005) disponible en [www.escolapau.uat.cat](http://www.escolapau.uat.cat) (08-02-2011).

La educación para la paz no es una opción más, sino una necesidad que toda institución educativa debe asumir. Los principios para una convivencia pacífica entre pueblos [...] se han convertido en un imperativo legal<sup>372</sup>

Se considera que la educación para la paz, es una manera de educar en valores.

Como proceso debe ser continuo y permanente, para enseñar a “aprender a vivir en la no violencia”, y que confía en la creación de ámbitos de justicia, de democracia, de respeto, de tolerancia y felicidad gradualmente más amplios.

En ese sentido, el mencionado autor también dice que:

---

<sup>372</sup> V. VIDANES DIEZ Julio, La educación para la paz y la no violencia, en Revista Iberoamericana de Educación, N° 42/2 , año 2007, disponible en [www.rieoei.org](http://www.rieoei.org) ( 08-02-2011)

Se insiste en la necesidad de una educación para la ciudadanía y los valores en general. Todas estas buenas intenciones deben concretarse en disposiciones legales positivas<sup>373</sup>.

Se afirma que educativamente requiere de un proceso de enseñanza-aprendizaje de la *cultura de la paz* que implica una ética personal y social fundamentada en la convivencia en la libertad y en igualdad, es decir, plenamente democrática, todas ellas categorías desarrolladas *in extenso* por el paradigma neo constitucional.

Esta concepción se inspira asimismo, en el respeto y reconocimiento de todos los convenios internacionales que reconocen los derechos humanos, favorecen un concepto internacionalista y global de la sociedad humana, se fundamentan en carácter intercultural y mundialista, pretenden el desarrollo de todos los pueblos y optan por el desarme como principio.

En la búsqueda de su realización, las comunidades educativas exponen y reconocen<sup>374</sup> en el currículum, al menos los siguientes objetivos:

---

<sup>373</sup> V. VIDANES DIEZ Julio, La educación...óp., cit.

<sup>374</sup> V. G. LUCINI Fernando, Temas Transversales y educación en valores, (Madrid, 1994), Alauda Anaya.. También, RODRÍGUEZ Ángel y SEOANE Julio, Creencias, actitudes y valores, (Madrid, 1989), Alhambra, CERVANTES CAMPO Guillermo, La tolerancia en la

- Descubrir, sentir, valorar y confiar en las capacidades personales y en la realidad social que nos corresponda vivir, para superar las propias limitaciones y dificultades, y que puedan contribuir a un desarrollo positivo y optimista de la vida y el humanismo.
- Reconocer y valorar la propia agresividad como una forma de autoconfianza bajo control permanente, capaz de ser puesta al servicio de la superación personal y de actividades altruistas que favorezcan el bien común.
- Desarrollar la afectividad, la ternura y la sensibilidad hacia quienes nos rodean, favoreciendo el encuentro universal con los otros y valorando los aspectos diferenciales más localistas y particulares (sexo, edad, raza, religión, nacionalidad,...) como elementos enriquecedores de este encuentro.
- Reconocer y afrontar las situaciones de conflicto desde la reflexión serena sobre sus causas, tomando decisiones negociadas para solucionarlas de una forma creativa, tolerante y no violenta.
- Actuar en la diversidad social y cultural con un espíritu abierto, respetuoso y tolerante, reconociendo la riqueza de lo diverso como elemento positivo que nos plantea el reto permanente de superación personal y social de nuestra convivencia en armonía

---

educación, en Revista del Instituto de Estudios en Educación de la Universidad del Norte de Colombia, N° 11, año 2009, disponible en [www.ciruelo.uninorte.edu.co](http://www.ciruelo.uninorte.edu.co) ( 08-02-2011); UNESCO, La tolerancia, umbral de la Paz, Guía didáctica de la educación para la paz, los derechos humanos y la democracia, (París, 1994) disponible en [www.cinu.org.mx](http://www.cinu.org.mx) (08-02-2011)

- Participar en actividades de autoafirmación, desarrollo y solidaridad con otros pueblos y culturas, colaborando con organismos institucionales y otras organizaciones sociales que potencien relaciones de diálogo, de ayuda, de paz, de armonía y de denuncia de situaciones injustas.
- Conocer y potenciar los derechos humanos reconocidos internacionalmente, favoreciendo una actitud crítica, solidaria y comprometida frente a situaciones conocidas que atente contra ellos, facilitando situaciones cotidianas que permitan concienciarse de cada uno de ellos.
- Valorar la convivencia pacífica con los otros y entre los pueblos como un bien común de la humanidad que favorece el progreso, bienestar, entendimiento y comprensión, rechazando el uso de la fuerza, la violencia o la imposición frente al débil y apreciando los mecanismos del diálogo, del acuerdo y de la negociación en igualdad y libertad.

Desde esta perspectiva, la educación para la paz debe hacerse presente en todo el currículum; y de hecho todas las comunidades educativas se esfuerzan por integrar elementos pacificadores, (democráticos, solidarios, tolerante y justos) en su desarrollo.

Pero también se hace notar que el problema está en que nuestra sociedad encubre tanta violencia, contenida o no, en su cotidianeidad, que es muy difícil dar respuestas adecuadas a las mismas, sobre todo si se hace un

enfoque simple o interesado, al tema de la violencia social, cultural, familiar o individual.

Además, los medios inundan los espacios con informaciones de agresividad y violencia humana, de forma que “lo violento” de unas minorías se sobrevalora frente a “lo pacífico” de la mayoría; por otra parte, el recurso a la violencia y lo escabroso es mayoritario entre los “temas” que se ofrecen como “ocio” a los ciudadanos.

Así es como la violencia instintiva (la violencia nunca puede ser racional), se instaura en nuestro *modus vivendi* de mil maneras distintas, pero siempre porque el individuo no ha sabido (no ha sido enseñado a) dirigir su agresividad de forma positiva para sí mismo y para los demás, o simplemente porque nuestro modelo social genera situaciones tan injustas que propician esas erupciones de ira, rabia, odio o sentimientos destructivos individuales incontrolados.

También se señala que existe una agresividad potencialmente positiva en cada ser humano, que le permite, por ejemplo, tener el empuje necesario para arriesgar su propia vida a favor de otros, o para adherirse a causas altruistas y comprometidas, o simplemente para afrontar de forma positiva los problemas cotidianos:

Frente a estas actitudes positivas y mayoritarias, existen un sin fin de pequeñas acciones mezquinas, denigrantes y negativas tanto para quien las ejecuta como para quien recibe las consecuencias, pero nuestro optimismo nos hace pensar que son minoritarias, aunque muy llamativas. Esta agresividad negativa, que en casos excepcionales se transforma en verdadera “violencia”, es la que debe ser continuamente denunciada, señalada y perseguida por todos, primero en nosotros mismos, y luego en las conductas de los demás.

Y aquí es importante que el control social sea crítico, sincero, justo y riguroso, sin dejar por ello de ser solidario, tolerante y abierto con las faltas propias y ajenas<sup>375</sup>.

La intensidad de tales afirmaciones, nos llevan a recordar la conocida metáfora a la que recurre Alfonso García Figueroa<sup>376</sup>:

---

<sup>375</sup> V. CAIRETA SAMPERE Marina..., Introducción..., óp., cit.

<sup>376</sup> Refiriendo a la obra de Nassim Nicholas Taleb, El cisne negro. El impacto de lo altamente improbable, trad. de R. Filella, (Barcelona, 2008) Paidós.

Durante mucho tiempo se había creído que todos los cisnes eran blancos. Sin embargo esa creencia se habría de revelar falsa cuando en Australia se descubrió una variedad de cisnes negros. [...] Desde luego, imaginar un mundo uniforme e invariable, poblado exclusivamente por cisnes blancos, puede ser para muchos tranquilizador, pero no es realista. Todos nuestros juicios [...] se hallan expuestos a la incómoda amenaza de un nuevo e imprevisible cisne negro<sup>377</sup>

---

<sup>377</sup> V. GARCÍA FIGUEROA Alfonso, Criaturas de la modernidad, (Madrid, 2009) Trotta, pág. 253.

## CAPÍTULO V

### BASES PARA UNA PROPUESTA CURRICULAR INTEGRADA

Partimos de la tesis que el currículum de las carreras que se dictan en las Facultades de Derecho debe ampliar su proyección para la mejor satisfacción de las necesidades sociales; sobre todo si se considera que sus graduados participan en los más variados papeles y por consiguiente en áreas extensas de aplicación; y que el fenómeno jurídico sigue incorporando nuevos protagonistas, en relación con las también nuevas necesidades y nuevos o renovados bienes llamados a satisfacerlas. En suma: nuevos intereses, que implican nuevos derechos.

Cabe recordar que la formación en general y por lo tanto también la Jurídica, es un proceso continuo que dura toda la vida. Para concretarse del mejor modo posible, requiere además de los conocimientos disciplinares propios, de una actitud que se adquiere mediante hábitos de auto reflexión y toma de conciencia de su quehacer (como personas y como profesionales) en un contexto marcado por la velocidad y la incertidumbre; donde se reconoce que la resistencia del puente por el que transita la humanidad no se mide por la fuerza promedio de sus pilares, sino por la del pilar más

débil<sup>378</sup>; y que la presencia de una razón y un sujeto débiles, caracteriza a la posmodernidad<sup>379</sup>.

Es justamente esta característica propia de la era, la que puso bajo análisis a la formación profesional y jurídica, en relación con la actuación social de los graduados y a la pretendida efectividad práctica del Derecho. En esta tensión, se evidencian dificultades:

- *Metodológicas*, por el carácter predominantemente informativo y memorístico del método magistral y el desarrollo de las asignaturas como compartimentos apilados de saberes;

- *Antropológicas*, en la explicación (des- cubrimiento) del fenómeno jurídico como parte de la cultura; dando cuenta de los modos en que el Derecho refleja prácticas, ideas, estereotipos, predisposiciones, expectativas, emociones y evaluaciones culturales.

- *Éticas*, en la profundización de la formación en valores, con énfasis en la tarea profesional y su significado como servicio de Justicia, para una sociedad más solidaria y responsable.

- *Psicológicas*, en el desarrollo de las habilidades necesarias para tomar decisiones propias de su quehacer profesional, que a su vez abarca otras, como las comunicacionales o de comprensión del entorno social y las de contracción al trabajo;

---

<sup>378</sup> V. BAUMANN Zigmunt, *Vida...*, óp., cit., pág. 191.

<sup>379</sup> V. MEROI Andrea A., *Procesos colectivos. Recepción y problemas*, (Santa Fe, 2008), Rubinzal Culzoni, pág.21.

▪*Organizacionales*, en la concreción de producciones colectivas y cooperativas, creativas y eficientes, que requieren del dominio de herramientas y estrategias de gestión, para aplicarlas en los distintos espacios de relaciones interpersonales y niveles de realización.

Con el propósito de superar las dificultades, la propuesta apunta a:

√ *Posibilitar* una mayor comprensión de todas las instituciones del Mundo Jurídico y de la Cultura, desde una perspectiva abarcadora de su complejidad y de su construcción integrada, abierta, flexible y vital; con los despliegues enriquecedores de la Historia del Derecho y el Derecho Comparado.

√ *Favorecer* la aparición de nuevas ramas del Derecho sin excluir a las existentes, en respuesta a las transformaciones y cambios de una nueva era planetaria, profundizando así los contenidos de la Teoría General del Derecho y sus aplicaciones, que se pondrán en evidencia en el Análisis de Casos, como eje transversal de la formación.

√ *Priorizar* la protección de los Derechos Humanos como una de las líneas más importantes de la Ética, considerando que el Derecho debe construirse como una perspectiva de la vida humana; y que los derechos humanos dependen de su relación con las fuerzas humanas difusas de la cultura.

√ *Asumir* una posición crítica de la sujeción del Derecho al economicismo, sin excluir los beneficios del desarrollo de la Economía y de la Tecnología; pero reafirmando en su sentido humanista, que el Derecho no puede ser reducido al *hombre económico*, a su *eficiencia* y a su *actuación racional en mercados racionales*; posición clave para la formación de la sociedad futura.

√ *Asumir* una posición superadora de la antigua discusión positivismo – jusnaturalismo; diferenciándose del primero, por su exclusiva consideración de las normas positivas y su remisión al poder estatal; y del segundo, por su carácter abstracto y a veces autoritario; reconociendo también coincidencias y complementariedades: con el primero, que la realidad es positiva; y con el segundo, que hay despliegues de valor – naturales o contruidos – en la identificación de lo justo.

√ *Asumir* una posición de desenmascaramiento de las coberturas con que las normas y el saber tradicional protegen intereses no siempre aceptables; puestos en evidencia mediante la integración (no yuxtaposición) del objeto jurídico.

√ *Colaborar* en la construcción de un pensamiento humanista, profundamente vinculado a la *vida* de las personas para que éstas se desarrollen plenamente; en un régimen que es justo, cuando toma a la persona como un fin y no como un medio.

√ *Proteger* al estudiante como destinatario del proceso educativo y en búsqueda de la graduación, reconociendo su situación de debilidad en una relación marcada por la tensión entre las personas *del pasado* que lo forman y el *porvenir* al que está dirigida su formación. Es en este contexto que el estudiante construye su identidad, en un ambiente que lo incluye, lo alienta y lo entusiasma, para que sea a su vez una persona que aplique esos valores consigo mismo y con los demás.<sup>380</sup>

Proponemos como líneas de acción, la reflexión/debate en las unidades académicas sobre los siguientes puntos:

♦ **La complejidad del universo.**

El universo es un todo indisociable al que abordan de manera multidisciplinar y multireferenciada, liberándose de concepciones simplistas, lineales, reduccionistas y promotoras de una racionalidad igualmente cerrada, sujeta solamente a los principios lógicos y a la confrontación empírica, como únicos modos de captar la realidad.

♦ **La temporalidad, condicionante de lo social.**

Toda sociedad se estructura en relación con una específica temporalidad que la rige y que se le presenta como escenario vital, vivencial. Cuando se trata de indagar objetos que son procesuales y como tales, históricos (productos y productores al mismo tiempo) no basta con reconocer el plano espacio – temporal en el que pueden ubicarse como si fuese un aspecto

---

<sup>380</sup> V. CIURO CALDANI Miguel Ángel, Derecho de la Educación, en Revista Academia, óp., cit.

inamovible y válido para todos los objetos sobre el cual reconstruir un fenómeno cualquiera, sino que hay que reconocerlo como expresión de los *modos de ser* de una realidad que no puede conocerse sino en el conglomerado de espacios – tiempos en que esa realidad *es*.

El complejo tiempo – espacio es entonces: exigencia de conocimiento y expresión de la naturaleza histórica de lo real; y se manifiesta en contexto de tensiones y revoluciones no solamente científicas, sino técnicas y éticas.

♦ **El contexto de tensión entre intereses diversos.**

Esta mirada implica confrontar posiciones, a las que se debe reconocer, con las que se debe convivir, acordar, pero con plena conciencia de lo que cada una significa. La tensión puede atender más al interés individual; al conjunto, o ambas.

♦ **La cultura como contacto.**

La cultura es la expresión de una particularidad histórica, de un punto de vista sobre la vida y la muerte, sobre los logros, contradicciones y conflictos de los hombres. En ese sentido, se vincula a sus actitudes fundamentales y descubre la existencia de cosmovisiones enraizadas en las diferentes culturas. Esto significa que recibe sentido a través de las pautas culturales de la sociedad a la que pertenece y a la vez, representa. Así vista, la cultura comprende mucho más, porque pretende explicar la complejidad de los intercambios concretos: los contactos culturales.

♦ **El fortalecimiento de identidades y subjetividades.**

Son procesos que nos permiten construir nuestros conocimientos con otros, en el mundo de la vida y en el marco de una sociedad plural. Fortalecer identidades e intersubjetividades, facilita la mirada crítica sobre lo que ocurre en la sociedad, para recuperar la identidad constituida a lo largo de las historias personales y grupales, regionales y nacionales; y poner en estado de reflexión cuestiones aparentemente resueltas.

♦ **El continente político de la cultura.**

Está presente durante todo el trayecto teórico ya sea en su faz estática (conjunto de actos de coexistencia) como dinámica (actividad vinculada al aprovechamiento de oportunidades) en la búsqueda de un régimen de convivencia humanista, donde las personas puedan desarrollarse en plenitud.

♦ **El currículum como proyecto político pedagógico.**

En consecuencia de lo anterior, el currículum es considerado una propuesta político educativa, articulada a un proyecto político y social que se manifiesta como un *continuo*, un proceso de tensión permanente de intereses, de confrontación y negociación.

♦ **El pluralismo metódico.**

Ante las nuevas perspectivas y los despliegues complejos de la cultura, la consideración de un sólo método como posible, resulta insuficiente. En una perspectiva realista y constructivista, el método no posee un papel constitutivo condicionante y creador; por lo tanto, uno - o varios métodos

- pueden estudiar el objeto, siempre que lo *construyan* del mejor modo. Con esta mirada, el objeto es real porque el sujeto lo construye; pero a la vez, es construido por él. Su significado no está dado por sí mismo, sino como producto de las relaciones – inter acciones culturales, estructurales, de intereses – *entre* personas y de éstas *con los* objetos.

**En síntesis:** la integración sostenida reafirma la idea que el éxito del currículum no está en su unicidad racionalista y metódica sino en su coherencia interna. Si se consigue, produce el beneficioso efecto de armonizar las tensiones entre los aspectos del diseño curricular<sup>381</sup> (finalidad, contenidos, metodología, actividades, evaluación); <sup>382</sup> que dejan de actuar como *etapas yuxtapuestas* para abordarse en perspectiva problematizadora.

Para romper la situación convencional, proponemos cambiar mediante la organización curricular por áreas o núcleos, que cobran sentido en un marco contextual y un momento histórico determinados. Las áreas/núcleos agrupan contenidos superadores de las tradicionales parcelas por cátedras o materias, de corte enciclopédico positivista; para encarar la resolución de problemas atravesados por las disciplinas, con diversa intensidad y según niveles de complejidad.

---

<sup>381</sup> V. BROVELLI Marta Susana, Los cambios curriculares..., óp. cit. También La elaboración del currículum..., óp., cit.

<sup>382</sup> V. BROVELLI Marta Susana, Nuevos/viejos roles en la gestión educativa, (Rosario, 2001) Homo Sapiens, pág., 9/13.

El Diseño curricular propuesto con una visión Neo constitucional, manifiesta en el núcleo histórico epistemológico su riqueza metodológica a través del razonamiento por principios, que se pone especialmente de relieve en dos momentos: en los argumentos expresados por Ronald Dworkin en su controversia con H. Hart; y en la propuesta de Robert Alexy, donde ajusta su elaboración metodológica.

En el recorrido de este núcleo también se pone en evidencia su retorno a la antigua polémica con el jus positivismo, al punto que parece un ropaje renovado del jus naturalismo a través de los principios, mediante la necesaria vinculación que establece entre Derecho y Moral, aunque sin admitirlo en forma expresa, al preferir la calificación de *no positivista*. Lejos de ser un dato menor, parece más bien una tarea pendiente de profundización para esta corriente, que debería dejar en claro hasta qué punto el planteo puede ser visto como *una vuelta de tuerca* de la misma antigua polémica o como algo nuevo.

En cuanto a los aportes efectuados por Robert Alexy en su adhesión no positivista, evidencian puntos de conexión con las posiciones integradoras al reconocer el carácter complejo y tridimensional del Derecho como un compuesto de conducta, norma y justicia; la idea del Derecho como realizador de la libertad y resguardo de la dignidad de las personas – enfoque de los Derechos Humanos, Derecho Humanista, Derecho

Universal o De la Humanidad - y la importancia del Derecho en la práctica, *haciéndose*, a través de las tareas de la dinámica jurídica.

Con estas afirmaciones Robert Alexy desarrolla en profundidad su teoría de principios y ponderación de principios y reglas desde una posición que construye el Derecho como modelo completo, integrado entre reglas, principios y procedimiento.

El núcleo socio jurídico enfoca la relación Universidad - Sociedad y expresa los formidables aportes de la teoría neo constitucional al Estado constitucional de Derecho, así como la relevancia del papel del poder judicial.

El núcleo antropológico jurídico expone la intervención de la corriente neo constitucional en la necesaria vinculación entre Derecho y Moral y la construcción de categorías como calidad de vida, bienes públicos, comunidad, entre otros.

Con esta mirada/s, desarrollamos una tarea de integración de la teoría del currículum a las concepciones jus filosóficas integradoras – con énfasis en el Neo constitucionalismo - y viceversa; en la convicción que la propuesta conforma los presupuestos primarios y vitales para debatir, profundizar y construir progresivos acuerdos que den impulso a proyectos de cambio curricular para las Facultades de Derecho, que permitan superar las dificultades.

Cabe aclarar que lejos de constituirse en un proyecto fundacional, aspira a potenciar los logros ya producidos, mejorar los aspectos aún débiles de formación y convocar a la participación de otras corrientes filosóficas para dar respuestas desde los núcleos abordados como ejes curriculares.





# More Books!



# yes i want morebooks!

Buy your books fast and straightforward online - at one of world's fastest growing online book stores! Environmentally sound due to Print-on-Demand technologies.

Buy your books online at  
**[www.get-morebooks.com](http://www.get-morebooks.com)**

---

¡Compre sus libros rápido y directo en internet, en una de las librerías en línea con mayor crecimiento en el mundo! Producción que protege el medio ambiente a través de las tecnologías de impresión bajo demanda.

Compre sus libros online en  
**[www.morebooks.es](http://www.morebooks.es)**



VDM Verlagsservice-  
gesellschaft mbH

VDM Verlagsservicegesellschaft mbH

Heinrich-Böcking-Str. 6-8  
D - 66121 Saarbrücken

Telefon: +49 681 3720 174  
Telefax: +49 681 3720 1749

info@vdm-vsg.de  
[www.vdm-vsg.de](http://www.vdm-vsg.de)

