

Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones

Por Rodolfo Luis VIGO*

* Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL). Licenciado en Ciencias Políticas (UNR). Ex-Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Fe. Ex-Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe. Catedrático de "Introducción al Derecho" y "Filosofía del Derecho" en la UNL. Catedrático de "Ética Profesional" y "Teoría y Práctica de la Interpretación Jurídica" en la Universidad Austral de Buenos Aires y en la Universidad Católica Argentina (Rosario). Presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho.

Nos proponemos en el presente trabajo analizar críticamente el proceso desencadenado en Europa a partir de la última guerra mundial, especialmente por la presencia gravitante que han tenido las nuevas Constituciones en el terreno jurídico y también político-institucional. Al mismo tiempo resulta forzoso vincular esa inquietante y actual realidad con la llamada teoría neoconstitucionalista que le sirve de respaldo y desarrollo. Si bien apuntamos centralmente a Europa, lo hacemos pensando en la tradicional y siempre fuerte influencia que despierta el viejo continente en el nuestro. Somos herederos de aquella cultura y los cambios que ella vive no nos pueden resultar indiferentes.

1. Los cambios en la Europa del siglo XX

La segunda mitad del siglo XX en Europa marca el tránsito del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional; o sea, el paso –al decir de Ferrajoli– del Estado de Derecho “débil” al Estado de Derecho “fuerte”. Así la realidad jurídica europea se transforma en sus líneas fundamentales, pero sintéticamente esos cambios suponen superar la sinonimia entre ley y derecho que había impulsado el siglo XIX a partir de la Revolución Francesa, lo que queda receptado por primera vez en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 cuando se refiere a aquellas realidades (“ley” y “derecho”) como distintas. Precisamente ese derecho que antecede, excede y controla a la ley, es el que las nuevas Constituciones reconocen bajo el rótulo –explícito o implícito– de valores, principios, fines o derechos humanos, y consecuentemente, se encomienda a tribunales constitucionales que velen para que aquel “*higher law*” prevalezca sobre todos los intentos de su violación a través del resto de las normas infraconstitucionales. De ese modo, Europa deja de lado la matriz política-jurídica revolucionaria que se respaldaba en la confianza absoluta de la “soberanía popular”¹ canalizada a través de sus representantes legislativos, y se arrima a la matriz inventada del otro lado del Atlántico que imponía a esa soberanía ciertos límites consagrados en la Constitución. En ese nuevo marco ya los jueces no pueden quedar reducidos a ser la “boca inanimada de la ley”, sino que se les reclamará que al decir el derecho (*iurisdictio*) digan también el derecho constitucional y no sólo el legal, aunque para esa función, en lugar de encomendársela a los jueces ordinarios, se crean o “inventan” jueces especiales o constitucionales cuya tarea específica será que la Constitución sea un límite a toda decisión y producción normativa. Ese control constitucional jurisdiccional no coincide con el que había auspiciado y protagonizado Kelsen en la primera parte del siglo XX, dado que no se reduce a ser un legislador negativo que sólo controla formas y procedimientos sino que avanza sobre el contenido material o sustancial de las leyes, todo lo que resulta potenciado a tenor de que los textos constitucionales –a pesar de las advertencias kelsenianas– se cargan de referencias axiológicas.

Así, aquel escenario jurídico e institucional europeo en las décadas siguientes a Nuremberg termina transformado, por lo que aquella exitosa teoría iuspositivista normativista que se había forjado al hilo de la escuela exegética, la escuela histórica, el primer Ihering y culminado con Kelsen y que había logrado controlar la formación de los juristas y la cultura jurídica, entra en desorientación y comienza a padecer crecientes conversiones y críticas

¹ Acerca de la importancia de la “soberanía” en la configuración de la “constitución de los modernos” y la tensión respectiva entre soberanía y constitución, puede consultarse: Fioravanti, Mauricio. *Constitución (de la antigüedad a nuestros días)*, Trotta, Madrid, 2001, p. 71 y ss).

desde las más prestigiosas cátedras europeas. En ese proceso de cambio de la teoría jurídica los iuspositivistas comienzan a calificar sus miradas con adjetivos o prefijos que suavicen sus convicciones: se habla de iuspositivismos críticos, *soft*, inclusivos, post o neo, y algunos testimonios resultan de gran impacto para el mundo académico general; precisamente el de Radbruch en Alemania denunciando la complicidad teórica del iuspositivismo frente al nazismo; el de Bobbio con su teoría funcional en la década del '70 dejando atrás las visiones estructurales del derecho que simbolizaba Kelsen; el de Dworkin cuando sucede a Hart en Oxford y declara su combate al normativismo en nombre del principialismo; el de Perelman atreviéndose a incorporar la razón en los problemas valorativos y decisionales; el de Nino criticando los modelos epistemológicos de Kelsen, Ross y Bulygin-Alchourron en tanto silencian la dimensión valorativa del derecho; el de Atienza afirmando su confianza en un cierto objetivismo y cognitivismo ético; y el de muchos otros.

Pero en esa quiebra de convicciones iuspositivistas, la constitucionalización del derecho vigente brinda la oportunidad para generar nuevas propuestas en la teoría jurídica que resulten idóneas para explicar los cambios producidos y también para respaldarlos y potenciarlos. Muchos iusfilósofos comienzan a prestar atención y a reflexionar sobre esa constitucionalización, generando un aparato conceptual y crítico que se aparta del iuspositivismo. También algunos constitucionalistas sensibilizados por los cambios recurren a nuevas visiones iusfilosóficas que le permitan leer con mayor realismo, coherencia y consistencia su propia materia. La Constitución desborda a los constitucionalistas e impregna de inquietudes y sugerencias a todos los juristas, pero es en buena medida la iusfilosofía o la teoría del derecho la perspectiva más idónea para comprenderla y operarla. De ese modo es posible identificar una lista de juristas que hacen filosofía o teoría jurídica con la Constitución, convirtiéndose ésta en el disparador de sus tesis y el banco de pruebas de las mismas. Por sobre diferencias, especialmente de presupuestos, esos autores que comienzan a ser adscriptos al “neo-constitucionalismo” como una nueva teoría del derecho coinciden en respaldar la “constitucionalización” del derecho vigente y las consiguientes derivaciones que conlleva la misma, criticando las limitaciones, riesgos y errores que suponía el Estado de Derecho legal o débil como su rígida teoría iuspositivista que le servía de soporte y difusión teórica.

2. La teoría y autores neoconstitucionalistas

Por supuesto que sería muy difícil y de escaso interés elaborar una lista muy completa de autores neoconstitucionalistas, sin embargo, la doctrina especializada ha configurado una nómina de autores representativos de la misma. Así en esa lista pacíficamente se incluyen a: Alexy, Ferrajoli, Dworkin, Nino y Zagrebelsky, pero también pensamos que puede ampliarse en el ámbito español con autores como Pérez Luño, Prieto Sanchís, Peces Barba u Ollero. De todas maneras repasemos con la autoridad de aquellos juristas algunas de esas típicas tesis neoconstitucionalistas. Por ejemplo, Robert Alexy² ha planteado: a) que frente a la alternativa entre el constitucionalismo y el legalismo (ésta rechaza valores y principios y sólo apela a normas, descarta la ponderación y recurre a la subsunción en la aplicación del derecho, reivindica la autonomía del legislador democrático y no acepta la omnipresencia

² Cfr. mi libro *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*. Universidad de Buenos Aires y La Ley, Buenos Aires, 2004, pp. 25-73.

de la Constitución sino la independencia del derecho ordinario) corresponde optar por un constitucionalismo moderado; b) la presencia de principios en el derecho junto a las normas, asimilando aquéllos con los valores en tanto su contenido es moral y su forma jurídica; c) que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico o moral; d) que la aplicación del derecho debe estar guiada por la respuesta correcta para cada caso como idea regulativa; e) el límite de la injusticia extrema para que exista el derecho; etc.

Entre las afirmaciones de Luigi Ferrajoli dignas de ser subrayadas nos parece que pueden mencionarse: a) el renunciamiento a la epistemología kelseniana y a la iusfilosofía analítica italiana de la posguerra, proponiendo una ciencia jurídica funcional al paradigma constitucional con un “papel crítico y constructivo” y “descriptiva del ser del derecho y prescriptiva de su deber ser jurídico”,³ comprometiendo a los juristas a asumir la responsabilidad cívica y política de superar las antinomias y lagunas; b) una nueva noción de validez de las normas no circunscripto a análisis meramente formales sino interesado por “la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales [...] como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales”⁴; c) su definición de los derechos fundamentales como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”⁵ que las normas de un determinado ordenamiento jurídico reconocen, indicando entre los rasgos estructurales de aquéllos la forma universal de imputación y el carácter indisponible e inalienable; d) su “teoría de la justicia” de los derechos fundamentales abocada —“entre iuspositivismo e iusnaturalismo”—⁶ al fundamento axiológico de los mismos e identificando “cuatro criterios axiológicos, todos ellos referidos al valor de la persona humana entendida como fin y nunca como medio [...] igualdad, democracia, paz y ley del más débil”;⁷ y e) la dimensión sustancial de la democracia superadora de la “dimensión política o formal” en donde los derechos fundamentales ponen límite a lo decidible por la mayoría y hasta por la unanimidad.⁸

Recuperemos de la teoría de Ronald Dworkin⁹ lo siguiente: a) el reconocimiento que en el derecho están los principios dado su contenido, y que por ende exceden al *test de pedigree* u origen al que pueden someterse a las normas; b) esos principios son definidos como “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moral” y también pueden ser asimilados a los derechos individuales; c) el juez Hércules que está en posibilidades de descubrir racionalmente la única respuesta correcta que tiene cada caso jurídico; d) son los jueces a los que corresponde apelar a “argumentos de principios” posibilitando que se tomen en serio los derechos individuales y que ellos triunfen contra el Estado y los objetivos comunitarios; y e) promover una imprescindible “lectura moral de la Constitución”.

En Gustavo Zagrebelsky encontramos: a) que la distinción entre regla y principios puede ser identificada con la ley y la Constitución, respectivamente; b) que el

³ Ferrajoli, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Universidad de Externado de Colombia, 2000, p.60.

⁴ AA.VV. *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Trotta, Madrid, 2003, p. 18.

⁵ Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, p. 19 y ss.

⁶ *Ibidem* p. 314.

⁷ *Ibidem* p. 315.

⁸ Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Trotta, Madrid, 1995, p. 864 y ss.

⁹ Cfr. en mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

iuspositivismo es incompatible con visiones o comprensiones de principios, en tanto “no sería posible pensar en una ‘recuperación’ positivista de la temática de los principios mediante el paso de un positivismo de las reglas a un positivismo de los principios”;¹⁰ c) que en tiempos de constitucionalismo como los actuales, es propicio volver a auspiciar la *juris prudentia* en lugar de la *scientia juris* (“en términos aristotélicos, *episteme* frente a *phronesis*; en términos escolásticos, *ratio speculativa* frente a *ratio practica*”;¹¹ d) el reclamar para las sociedades pluralistas “valores que no tienen precios”;¹² y e) el auspicio para que el Estado recupere competencias de protección activa en orden a determinados principios de justicia.

Del pensamiento de Carlos Nino recuperemos: a) sus críticas a los modelos epistemológicos prescindentes de valores y contrarios a concretar propuestas superadoras de *lege ferenda*, como los de Kelsen, Ross y Bulygin-Alchourron;¹³ b) el reconocimiento de que la justificación jurídica no es autosuficiente por lo que requiere abrirse a la justificación moral; c) que los derechos humanos como derechos morales remiten en su justificación a los principios morales de autonomía de la persona, de la inviolabilidad de la personal y de la dignidad de la persona; d) el poner distancia entre el escepticismo ético y la democracia (“que no haya una verdad moral objetiva [...] excluye la justificación de la democracia, o de cualquier otro arreglo social.”);¹⁴ y e) haber puesto en dudas el control judicial de constitucionalidad de leyes originadas a través de un proceso democrático excepto cuando su objeto es la determinación de si la ley respeta los presupuestos de la democracia, cuando las leyes se fundan en razones perfeccionistas o cuando la ley afecta negativamente la preservación de la práctica jurídica moralmente aceptable.¹⁵

Las tesis reseñadas dan pie para reconocer algunos rasgos centrales del “neoconstitucionalismo” que terminan impactando en diferentes problemas: a) el derecho deja de ser un conjunto sistemático de normas autoritativas para comprender valores y principios disponibles para las respuestas jurídicas de los operadores; b) en la epistemología jurídica, en tanto ya no se defiende un saber meramente descriptivo y sistematizador sino que se reclama prescripción y valoración; c) la aplicación deja de asimilarse a decisión irracional o volitiva como en Kelsen o de fácil desentrañamiento de la solución contenida en la norma, para requerir de la razón práctica ponderaciones y argumentos que la validen o justifiquen; d) el derecho en mayor o en menor medida se judicializa, superando la distinción entre creación y aplicación; e) la validez de las normas, incluidas las legales, se amplía a los contenidos, especialmente constitucionales, que potencian el papel del poder judicial; f) se reconoce una juridicidad indisponible o limitadora del derecho que ponen las autoridades; y g) la distinción tajante entre derecho y moral se fractura, y el jurista debe enfrentar exigencias de moral crítica.

¹⁰ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trotta, Madrid, 1995, p. 118.

¹¹ *Ibidem* p. 123.

¹² *Ibidem* p. 126.

¹³ Nino, Carlos Santiago. *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*. Fontamara, México, 1993.

¹⁴ Nino, Carlos Santiago. “La concepción de Alf Ross sobre los juicios de justicia”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. N° 3, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 174.

¹⁵ Cfr. Nino, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa, Barcelona, 1997, p. 292.

3. La constitucionalización del derecho

Valiéndonos con libertad de un influyente artículo de Riccardo Guastini¹⁶ nos proponemos identificar algunas características que serían las que permiten reconocer en la actualidad cuándo un ordenamiento jurídico se encuentra efectivamente “constitucionalizado”, o sea cuándo el derecho vigente en esa sociedad ha reconocido a la Constitución una función jurídica peculiar que lo torna peculiar y distintivo, lo que a su vez impone que sólo aquellas teorías que aceptan ciertas tesis estarán en posibilidad de comprender a ese nuevo derecho constitucionalizado. Si bien Guastini reconoce hasta siete requisitos para ese test de la “constitucionalización”, nos parece que son centralmente cuatro:

3.1. La Constitución como “norma jurídica superior” o sea como “higher law”

Ella no se reduce a ser un programa político que limite y estructure el poder del Estado, sino que tiene todas las características de una regla jurídica aunque cuantitativamente superior, que por estar en ese lugar jerárquicamente superior, logra imponerse a cualquier otra norma del derecho vigente que preside. Siendo la Constitución la “norma fundamental” ella prevalece sobre cualquier otra, por eso coherentemente es “rígida” dado que no puede ser cambiada por ningún otro poder constituido a través de las normas que tienen competencia ordinaria para dictarlas. La Constitución pretende una permanencia prolongada y sus cambios suponen una justificación especial como un tratamiento particular. Ese lugar superior impone de todos los operadores y creadores de derecho un conocimiento y respeto apropiado para con la Constitución, que por eso deja de ser materia exclusiva de “constitucionalistas” y se convierte en campo de atención de todos los juristas.

3.2. La Constitución cargada de valores o principios

Las Constituciones contemporáneas han dejado atrás aquel modelo llamado por Loewenstein “utilitario”¹⁷ que auspiciaba Kelsen, y han optado por cargarse de exigencias que remiten a la moral en tanto suponen preferencias sobre lo “bueno” o lo valioso que merecen ser consagradas jurídicamente. Por supuesto, que esas apelaciones constitucionales a lo que “debe ser” no siempre se rotulan de la misma manera, e incluso pareciera prevalecer contemporáneamente el lenguaje de los derechos humanos en tanto “reconocidos”, “inalienables” y “universales”. El lugar tradicional en donde se encuentra la “moralidad constitucional” es en la parte dogmática pero ella también abunda en los Preámbulos, y recordemos que en Francia –quizás el país europeo menos generoso con la constitucionalización– el Consejo Constitucional en 1971 reconoció la operatividad del contenido en la Constitución francesa con su invocación a las Declaraciones de Derechos.

3.3. La Constitución como norma jurídica eficaz

Aunque puede comprenderse esta característica en la primera, pensamos que conviene distinguirla dado que es posible admitir aquel lugar jurídico privilegiado para la Constitución pero retacearle operatividad directa. Con esta característica apuntamos a que toda

¹⁶ Guastini, Riccardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, en *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell, *ob. cit.*

¹⁷ Loewenstein, Kart. *Teoría de la Constitución*. Ariel, Barcelona, 1976, p. 211.

la Constitución cuenta con eficacia, más allá de los distintos modos en que ella puede entenderse (directa o indirecta), pero lo decisivo es que no hay normas constitucionales estrictamente programáticas, si con este calificativo se quiere hablar de normas que no rigen jurídicamente mientras no lo haya así dispuesto algún otro poder constituido. Manifestaciones de esta eficacia directa son las “omisiones constitucionales”¹⁸ o el cuestionamiento a que se han sometido las “cuestiones políticas” en tanto se pretendían ajenas al control de la Constitución, y también el reconocimiento creciente de que todos los jueces son de la Constitución y no sólo de la ley, por lo que están obligados a aplicarla sin obstáculos formales.

3.4. La Constitución con garantía de control jurisdiccional

Quizás sea este rasgo el que más acerca el sistema europeo al modelo norteamericano en tanto son jueces los encomendados para velar por la prevalencia sustancial y formal de la Constitución. El tribunal que asume esa trascendente función no es un mero legislador negativo según el modelo kelseniano, sino que despliega un creciente abanico de soluciones orientadas no sólo a hacer triunfar a la Constitución sino a procurar mantener la norma infraconstitucional: así los jueces constitucionales consagran “una” interpretación de la ley que permite conservar su validez (sentencias interpretativas), le agregan o le suprimen algo a la ley de manera tal de salvarla de la invalidez (sentencias aditivas o abrogatorias parciales), invalidan la ley pero sin que ello implique automáticamente que se produzcan los efectos consiguientes de manera inmediata, peticionan al legislador para que reaccione modificando la ley cuestionada (sentencias admonitorias), etc. De todas maneras, el Tribunal Constitucional es el poder constituido que tiene la última palabra en nombre del poder constituyente. Es importante destacar que las notas señaladas precedentemente que caracterizan la “constitucionalización” de un ordenamiento jurídico se dan con intensidad variable, por lo que podríamos decir que es un concepto analógico en tanto admite mayor o menor claridad o perfección de su presencia. Incluso si bien hay una cierta conexidad entre ellas de manera que se alimentan y reclaman recíprocamente, también se advierte una creciente acentuación o profundización de esos rasgos, a punto tal que podría constatarse una cierta regla a tenor de la cual una vez que se inicia el proceso de constitucionalización pareciera desatarse una cierta lógica que conduce a un reforzamiento del mismo con cierto automatismo difícil de controlar o limitar. Como lo reconocen los mismos autores neoconstitucionalistas, esa constitucionalización lleva implícita una cierta política constitucional que les corresponde desplegar a todas las autoridades y responsables institucionales. Así, Ferrajoli no duda en concluir que el “constitucionalismo es un programa para el futuro” que debe avanzar en el sentido de abarcar todos los derechos y no sólo los derechos de libertad sino también los derechos sociales, controlar tanto a los poderes públicos como a los poderes privados, y traspasar el ámbito del derecho estatal al derecho internacional. Zagrebelsky también convoca a la construcción del constitucionalismo: “el derecho constitucional es un conjunto de materiales de construcción, pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en

¹⁸ Cfr. Carbonell, Miguel. (coord) *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.

cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de materiales”.¹⁹

4. Algunos riesgos de la constitucionalización y del neoconstitucionalismo

Compartimos muchas de las tesis neoconstitucionalistas, pero sin embargo no podemos dejar de coincidir con autores que alertan sobre la existencia en ellas de una serie de peligros potenciales o ya actuales, que incluso llegar a ser visualizados como preocupantes por los mismos impulsores de aquel proceso. Dicho de otra manera, hay un riesgo en la constitucionalización y en los teóricos neoconstitucionalistas de promover una especie de inercia o ritmo difícilmente controlable que termine convirtiendo a muchos de sus aspectos ventajosos característicos, en signos fuertemente negativos o criticables. No se trata de descartar irracional o nostálgicamente la constitucionalización o el neoconstitucionalismo, sino de mantener una actitud crítica para que el remedio no resulte peor que la enfermedad. Como se comprobará, la nómina de las consecuencias riesgosas o peligrosas que pueden traer aparejadas la constitucionalización y el neoconstitucionalismo se podría elaborar y reducir a una lista menos extensa, dado que podrían muchas de ellas fundirse entre sí o extenderse algunos de los riesgos de manera que absorba a algún otro; sin embargo, preferimos mantener esa cierta redundancia no sólo por razones pedagógicas sino también por los matices que puede señalar o sugerir la detallada lista que sigue.

4.1. Sobreinterpretación de la Constitución o “sobreconstitucionalización”

Ya hemos señalado que una de las tesis propias de la constitucionalización es la eficacia jurídica de la totalidad de las normas constitucionales que presiden el ordenamiento jurídico en orden a la resolución de los concretos problemas jurídicos que en la vida social van surgiendo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico implica reconocer ese “efecto de irradiación” (*Ausstrahlungswirkung*) que produce la Constitución, y por ende todo el derecho queda teñido por el color de la misma, pero la “sobreinterpretación” consistiría en pretender que en la Constitución están todas las soluciones jurídicas y por ende se impone su aplicación, sin que quede margen para la creación discrecional de otras normas. El mismo Alexy no sólo opta por un “constitucionalismo moderado” sino que se hace cargo tanto del peligro de una “infraconstitucionalización” como de la “sobreconstitucionalización”, e intenta elaborar una respuesta a ambos errores. Advertimos que ese reconocimiento a la posibilidad de inferir todas las respuestas jurídicas desde el texto constitucional se amplía notablemente si la apelación a este último incluye el Preámbulo constitucional con sus típicas apelaciones a valores y fines, de ahí la comprensible resistencia entre los mismos juristas y los tribunales a reconocerle una eficacia jurídica directa. Los temores a que todas las soluciones jurídicas estén en la Constitución se refleja en la irónica acusación que formula Forsthoft de que ella sería “un huevo jurídico originario” y también en la advertencia que plantea Böckenforde de convertir al Estado en jurisdicción constitucional si la Constitución deja de ser un “marco fundamental” y se convierte en “un orden jurídico fundamental

¹⁹ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ob. cit.*, p. 13.

del ente social”.²⁰ Recordemos asimismo que el temor no sólo se puede incrementar desde la amplitud de la materia constitucional a interpretar, sino también cuando vemos un notable enriquecimiento de sentencias atípicas que transitan lejos de la rígida alternativa clásica de admisión o rechazo de la inconstitucionalidad, ejemplifiquemos este punto con la posibilidad del dictado de sentencias que declaran la “mera inconstitucionalidad” de una ley pero que no importa su automática nulidad y con las sentencias que suplen las omisiones constitucionales en las que incurre el legislador. Un ejemplo de estas últimas en la jurisprudencia constitucional argentina puede ser “Ekmekdján”, donde la mayoría de la Corte reconoce la vigencia del derecho a réplica, no obstante que el Pacto de San José de Costa Rica disponía que él regiría en los casos y modos que estableciera la ley, y precisamente uno de los argumentos fue que se había esperado más de siete años al legislador.

4.2. La irrelevancia o debilitamiento del Poder Legislativo y de la ley

La Revolución Francesa acuñó un modelo de Estado y de Derecho absolutamente original e inédito, y a tales fines le reconoció un papel central y configurador al Poder Legislativo. La obra de Rousseau expresa con elocuencia ese papel de la ley que “reúne la universalidad de la voluntad y la del objeto” y su creencia en la “voluntad general” le permite afirmar: “Es sólo a la Ley a quien los hombres deben la justicia y la libertad. Es este órgano salvífico de la voluntad de todos el que restablece en el derecho la igualdad natural”. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 seguirá aquella enseñanza y el único límite a la libertad sólo se puede establecer por la ley; por eso el artículo 5 reza: “Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que la Ley no ordena”. En 1790 se instaura en Francia el *référé législatif* como mecanismo que impedía a los jueces la osadía de interpretar a la ley. Napoleón no cejará en ese entusiasmo por crear el nuevo derecho y a tales fines de 1804 a 1810 se promulgarán los Códigos: Civil, Comercio, Penal, Procesal Civil y Procesal Penal. Beccaría proyecta con fidelidad esas ideas al delicado campo del derecho penal por eso no sólo rechaza el “peligroso” recurso al espíritu de la ley sino que concluye sin ambages: “Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social”.²¹ En síntesis, el derecho era lo contenido en la ley y esta era el resultado libérrimo e infalible de la voluntad general. En América latina los grandes profesores y académicos que se habían formado en Europa no se hicieron cargo de la juridicidad de la Constitución que los constituyentes habían traído del país del norte, y optaron por silenciar o disimular su esquizofrenia y repetir el sistema jurídico legalista y no constitucional aprendido en el viejo continente y consagrado en nuestros Códigos. Es obvio que en el marco de un Estado de Derecho constitucional entran en crisis aquellas tesis acerca del papel de la ley y de su órgano productor. Y a ese respecto es de justicia reconocer que fue Kelsen uno de los que no se entusiasmaron de las Constituciones cargadas de valores indeterminados dado que genera-

²⁰ Cfr. Alexy, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 50-51.

²¹ Beccaría, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*, cit. por Bartolomé Clavero en “Imperio de la ley, regla del derecho y tónica de constitución” en *La vinculación del juez a la ley*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1997, p. 48.

ría el riesgo de desbalancear el juego de poderes a favor del Tribunal Constitucional, por eso coherentemente proponía un Tribunal Constitucional en el ámbito del Poder Legislativo y como un mero legislador negativo. La constitucionalización puede derivar en un nuevo tipo de Estado que es el Jurisdiccional, donde los nuevos señores del derecho ya no sean los legisladores sino los jueces constitucionales. Ya Bachof a finales de la década del '50 hablará de la superioridad jurídica del juez sobre el legislador al momento de la realización del derecho, y en la actualidad Alexy plantea igualmente la preferencia por la capacidad argumentativa dialógica judicial frente a la alternativa de la generada en el ámbito legislativo. Esa crisis de la ley sobre la que la Europa académica reflexiona, tiene diversas y amplias expresiones, que incluso impactan en el derecho penal donde las exigencias típicas del principio de legalidad (*lex praevia, scripta, certa y stricta*) encuentran excepciones que pueden reflejarse en la sentencia condenatoria de la Corte Constitucional alemana de los “guardianes del Muro de Berlín” y en la tesis radbruchiana en la que se apoya de “la injusticia extrema no es derecho”. En la Argentina el fallo Priebke de la Corte Suprema donde la mayoría amplía los tipos penales recurriendo al *ius cogens*, o la sentencia en la causa “Simón” donde se declaran inconstitucionales las leyes de obediencia debida y punto final, son apropiados ejemplos de aquel debilitamiento de la ley penal.

4.3. El debilitamiento de la democracia

La democracia por sobre precisiones conceptuales e históricas, remite al gobierno del pueblo que elige a través del sufragio a quienes serán sus gobernantes, los que quedan sujetos a la periódica revisión popular. No hay dudas de que el poder más inequívoca y directamente democrático es el legislativo, y que el Poder Judicial es el menos democrático en tanto en su elección no interviene directamente el pueblo, que ella se concreta entre los que cuentan con un título profesional específico y que tales designaciones son vitalicias. Precisamente en torno a esta debilidad democrática de los jueces encontramos en la doctrina constitucional norteamericana el difundido tópico de la “dificultad o argumento contra mayoritario” (Bickel). La experiencia norteamericana del gobierno de Roosevelt con su enfrentamiento con la Corte Suprema de su país por el New Deal y su resolución final, es buena expresión de las implicancias democráticas de la tarea judicial en temas constitucionales, que algunos identifican con los políticos. La obra de Roaul Berger de 1977, *Government by Judiciary* refleja contundentemente el perfil desequilibrante que pueden asumir los jueces ejerciendo el *judicial review*. Nino, además de recordar que no es forzoso que el control de constitucionalidad se asigne a jueces, denuncia el carácter “misterioso” que inviste el control judicial de constitucionalidad. Gargarella²² con insistencia ha denunciado la usurpación judicial de la voluntad popular bajo el ropaje de la interpretación constitucional. Desde la lógica del constitucionalismo, la voluntad popular y las mayorías circunstanciales que se van configurando electoralmente quedan condicionadas a la aceptación y voluntad de los Tribunales constitucionales, que incluso están autorizados para respaldarse con la voluntad originaria de los padres de la Constitución por sobre los cambios históricos. Ferrajoli desde el neoconstitucionalismo ha elaborado su teoría del garantismo jurídico que incluye un límite para la regla de la mayoría, en tanto hay cosas que ella no

²² Cfr. Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Ariel, Barcelona, 1996.

pueden decidir. Esos nuevos “señores del derecho” que son los jueces con su impronta profesionalizante e inamovilidad en sus cargos pueden llegar a imponer una prevalencia aristocrática en los gobiernos estatales. Por supuesto que la orientación que imponga finalmente la jurisprudencia constitucional puede ser tanto de sesgo conservador como progresista, pero en todo caso quedará determinada por los propios talentos e inspiraciones ideológicas de los jueces y no por las decisiones populares. Advierte Aragón que en el Estado constitucional “la democracia de la ley estaría templada (corregida) por la aristocracia de los jueces [...] nueva *noblesse* de robe”.²³ En definitiva, al hilo de la constitucionalización importa más lo que piensan y deciden los jueces que lo que piensa y decide el pueblo, y ello implica forzosamente poner en interrogantes a la democracia misma.

4.4. Un nuevo iuspositivismo ideológico constitucional

En la clasificación de Bobbio se incluía al iuspositivismo ideológico como aquella versión que postulaba sin discusión el juicio axiológico favorable de toda norma jurídica positiva, y consecuentemente la actitud exigible al operador o destinatario del derecho debía ser la “dogmática” en cuanto inhibición de toda capacidad crítica respecto al valor implicado infaliblemente en aquella. El neoconstitucionalismo encierra el riesgo de un nuevo dogmatismo en tanto afirma —explícita o implícitamente— que todo lo dispuesto por el constituyente es intrínseca y necesariamente bueno o justo, o mejor aun, replica las exigencias incluidas en la exegética “presunción del legislador racional” pero ahora respecto al texto constitucional, y en consecuencia concluye en que todo lo dispuesto por el constituyente es claro, coherente, justo, útil, completo, etc. No parece demasiado difícil y extraño que la matriz exegética con la que se interpretaron los Códigos, se proyecte a la Constitución, y que así se hable de que los métodos para ello son los típicos enseñados por Savigny: el literal, el lógico, el sistemático y el histórico. Precisamente ForsthoFF insistirá en esa visión formalista de la Constitución y Chierchia privilegiará el método sistemático en la interpretación de la misma. Manifestación de ese dogmatismo constitucional puede ser la resistencia a reconocer lagunas, jerarquías o contradicciones en la Constitución, y a postular que ella constituye un “sistema fuerte”. Aragón habla de “fetichismo constitucional”,²⁴ y ello puede ser una realidad si la palabra del constituyente se asimila a una palabra jurídicamente “revelada”. En esa religión por supuesto que serían los constitucionalistas, y más específicamente los jueces constitucionales, los encargados de administrar la palabra y oficiar el culto en el que deben creer todos los juristas cualquiera sea la especialidad que tengan. La jurisprudencia o doctrina constitucional muchas veces auspicia esa mirada ficticia o irreal sobre la Constitución que no deja margen para detectar insuficiencia alguna, e incluso, el “originalismo” norteamericano en materia de interpretación constitucional²⁵ o el “patriotismo constitucional” de Habermas²⁶ pueden dar pie a ese nuevo dogmatismo irracional. Zagrebelsky aludiendo a la sugerencia de la “soberanía de la Constitución” en reemplazo de la “soberanía de los Estados” como pieza central del derecho público europeo,

²³ Aragón Reyes, Manuel. “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en *Jueces y Derecho*. Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro, Rodolfo Vázquez (comps.). Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p.158.

²⁴ *Ibidem* p. 167.

²⁵ Cfr. Scalia, Antonin. *A matter of interpretation*. Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1997.

²⁶ Cfr. Habermas, Jürgen. *La necesidad de la revisión de la izquierda*. Tecnos, Madrid, 1991; y *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política*. Paidós, Barcelona, 1999.

manifiesta que “puede ser [...] una importante novedad, siempre que no se espere que el resultado haya de ser el mismo de otro tiempo, es decir, la creación de un nuevo centro de emanación de fuerza concreta que asegure la unidad política estatal”.²⁷

4.5. La des-normativización del derecho

El neoconstitucionalismo ha insistido y potenciado con provecho teórico toda la carga “principalista” que caracteriza a las Constituciones contemporáneas. La alternativa que propone Dworkin al “modelo de reglas” hartiano, será precisamente un sistema centralmente constituido por “principios”. Alexy cuando contrapone el “legalismo” al “constitucionalismo” reconocerá que aquél —a diferencia de éste— enarbola las normas y rechaza principios y valores. Zagrebelsky en la misma sintonía concluye que “distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”. Las normas con su previsión de la hipótesis fáctica y la consecuencia jurídica respectiva, son devaluadas como recurso para el intérprete constitucional frente a las posibilidades que conllevan los principios en tanto derecho concentrado y necesitados de explicitación por medio del juicio creado por el operador en donde se subsuma el hecho que se resuelve apelando al principio en cuestión. Los principios definitivamente amplían la capacidad de respuesta jurídica y permiten no sólo entender mejor lo que las normas con su tipicidad disponen sino ordenarlas y hasta invalidarlas en tanto incurran en contradicción con los principios de donde derivan. La presencia de “principios fuertes”²⁸ remitidos a los derechos fundamentales implica debilitar o poner en interrogantes a las normas, dado que en definitiva ellas se visualizan como medios para satisfacer a aquéllos, y coherentemente se sostiene que en caso de contradicción deberán prevalecer los principios. El entusiasmo por los principios pregonado por el neoconstitucionalismo puede llevar a marginar a las normas, en tanto que si el jurista se limita a ella sabrá menos derecho y tendrá menos capacidad crítica respecto a las mismas. El proceso de desnormativización se revela junto al de descodificación o al de principalización del derecho, y todo el texto constitucional es un buen ejemplo de las posibilidades que ofrece un derecho que se formula a través de principios. Es evidente que el principalismo implica un cambio radical o revolucionario en nuestros sistemas jurídicos de raigambre europea.

4.6. La hipermoralización del derecho

La teoría jurídica decimonónica proclamaba un rígido juridicismo en tanto pretendía que el derecho sólo se explicaba desde el derecho, y consecuentemente, el jurista no necesitaba para cumplir su oficio de moral, economía o política. En particular, esa mirada alentadora de autonomía científica se obsesionaba con separarse de la moral, y bastaba el cuadro clásico tripartito de distinciones (autonomía-heteronomía, unilateral-bilateralidad, incoercibilidad-coercibilidad) para lograr ese objetivo. La pureza jurdicista alcanzará un punto culminante con la propuesta científica de Kelsen. Es indiscutible que las Constituciones contemporáneas se cargan de principios y valores, y cuando ellos se juridizan una avalancha de moral se introduce al derecho. Recordemos una vez más que para Dworkin los principios son “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moral” y ellos están en

²⁷ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ob. cit., p. 13.

²⁸ Cfr. mi libro *Los principios jurídicos*. Depalma, Buenos Aires, 2000.

el derecho porque cuentan con una validez *per se* o *proprio vigore*, resultando innecesario –como concluye Nino²⁹– que alguna fuente de autoridad lo consagre explícitamente. Coherentemente Dworkin propone leer la Constitución moralmente. Alexy no sólo asimila principios a valores, sino que reconoce que en aquéllos hay contenido moral y forma jurídica, y esa dimensión moral juega cotidianamente en el derecho, amén de reconocer el límite excepcional de “la injusticia extrema” dentro del requerimiento de validez jurídica. El profesor de Kiel no duda en reconocerse no-positivista defendiendo una conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, proponiendo en el campo de la operatividad del derecho la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Nino ha rechazado aquella “insularidad” del derecho, y en su última obra procura mostrar el “vínculo justificatorio que el derecho tiene ineludiblemente con la moral, el derecho no puede ser interpretado si no se recurre, en momentos cruciales de esa tarea interpretativa, a consideraciones de índole moral. El reconocimiento de esta última conexión interpretativa entre el derecho y la moral implica descalificar el encubrimiento que la dogmática jurídica y otras alternativas de reconstrucción teórica [...] hacen de la dimensión valorativa de su empresa teórica”.³⁰ A la luz de estas propuestas típicas del neoconstitucionalismo que se complacen en reconocer cuánta moral hay en el derecho, el alerta que se formula es en torno al riesgo que la moral fagocite al derecho o que los juristas se conviertan en moralistas si pretenden entender y operar el derecho conforme a la Constitución, dado que en la moral está el núcleo del derecho. Más allá del espacio institucional que supone el derecho, el mismo a la hora de su aplicación se torna irrelevante o termina de explicitarse a tenor de la moral. Del imposible sueño de la pureza kelseniana y los distinguos tajantes entre derecho y moral, se corre el riesgo de terminar sin distinguo ninguno.

4.7. La prescindencia del silogismo deductivo judicial

La principalización del derecho ha conllevado una fuerte crítica a las visiones logicistas formales, desde autores como Perelman que reducen la interpretación jurídica a una lógica no formal o material o simplemente retórica o también las nuevas teorías argumentativas en la operatividad del derecho –tan apreciadas por los neoconstitucionalistas– que sustituyen al silogismo por la ponderación racional. Enseña Dworkin que cuando dos normas entran en contradicción, la elección por una de ellas supone la extinción o invalidación jurídica de la otra, pero cuando el intérprete opta por uno de los principios que están en tensión procurando su aplicación, el principio desplazado para la resolución del caso no queda afectado en su vigencia jurídica y puede el intérprete recurrir a él en otro caso; pero precisamente el intérprete, para poder concretar su opción, debe “pesar” a los principios dado que ellos cuentan con la “dimensión de peso” (“i.e. dimensión *Of: weight or importance*”). La peculiaridad clásica de la teoría dworkiniana se apoya en el mandato al intérprete para que descubra la “única respuesta correcta” que tiene el caso y que está presente en el derecho vigente. Expresamente Alexy se ha ocupado del modelo de deducción al que descarta por negar el carácter creativo del que aplica la norma y porque ésta muchas veces no existe para el caso, en otros casos existe más de una norma, a veces la que está disponible resulta vaga y otras el resultado al que llevaría la norma resulta axiológicamente deficitario. Por eso en el campo de la interpretación la

²⁹ Cfr. Nino, Carlos Santiago. *La validez del derecho*. Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 153.

³⁰ Nino, Carlos Santiago. *Derecho, Moral y Política*. Ariel, Barcelona, 1994, p. 128

propuesta de Alexy es “argumentación”, pero no se trata de una teoría “analítica” que intente clasificar los argumentos y analizar su estructura, sino de una “teoría normativa que permita por lo menos una cierta valoración de la fuerza o peso de los distintos argumentos y de la racionalidad de la argumentación jurídica”.³¹ Esa teoría del discurso conduce a la institucionalización del sistema jurídico y a la autoridad del derecho positivo que exige “que se dé prioridad a las razones constitucionales sobre las sustanciales. Sin embargo, sólo se trata de una prioridad *prima facie*. Las razones sustanciales pueden tener tal peso en las causas individuales que prevalecen sobre las constitucionales”. Los principios alexyanos son “mandatos de optimización” en tanto exigen una realización lo más completa posible, según “posibilidades fácticas y jurídicas”, por eso en su aplicación se requiere apelar al principio de proporcionalidad y a sus tres subprincipios: de adecuación y de necesidad referidos a las posibilidades fácticas y el de proporcionalidad en sentido estricto proyectable al campo de las posibilidades jurídicas. Es cierto que la conversión del derecho en una práctica argumentativa no implica forzosamente expulsar del derecho a la lógica formal y sus silogismos, pero la importancia de ellos se reducen significativamente, pues la atención se desplaza desde la “justificación interna” a la “justificación externa”, y lo decisivo es encontrar soluciones correctas. Los neoconstitucionalistas –como Zagrebelsky– retoman las enseñanzas clásicas de la prudencia y promueven una fuerte desconfianza a la formalización del derecho apegada a los silogismos dado que el derecho debe ajustarse a las peculiaridades del caso y ello supone la presencia de valoraciones. El entusiasmo argumentativo extendido entre los neoconstitucionalistas puede llevar al olvido del silogismo y sus reglas, lo cual supone un marginamiento injustificado de estructuras que controlan formalmente al razonamiento, incluido el prudencial o el retórico.

4.8. La prescindencia de la ciencia jurídica

El modelo de ciencia jurídica que se promovió en el siglo XIX y que encontrara su matriz definitiva en las enseñanzas del Círculo de Viena, precisó como su objeto el describir y sistematizar al derecho positivo vigente, excluyendo las tentaciones no científicas de valorar o proponer soluciones jurídicas de *lege ferenda*. Ya hemos recordado que Nino ha denunciado con fuerza la esterilidad de ese modelo científico que siguieron Kelsen, Ross o Alchourrón-Bulygin, y propone admitir en la mirada epistemológica las dimensiones axiológicas o críticas. El saber jurídico consistente con las tesis neoconstitucionales encuentra su mejor lugar en la perspectiva iusfilosófica o en el ámbito de la aplicación o determinación racional del derecho para los casos concretos. El juez y filósofo Hércules propuesto por Dworkin se constituye en el mejor paradigma para conocer el derecho, y los restantes neoconstitucionalistas también privilegian el punto de vista interno a la hora del conocimiento integral y correcto del derecho. Un propósito cognoscitivo reducido a describir “objetiva y exactamente” al derecho positivo como pretendió la teoría pura kelseniana, no dejaba lugar para miradas propiamente iusfilosóficas, o tampoco le quedaba mucho espacio a esta disciplina en la teoría científica de Ross reducida a “precisar el lenguaje de la ciencia jurídica”.³² El momento aplacador o

³¹ Alexy, Robert. “La argumentación jurídica como discurso racional”, en *La crisis del derecho y sus alternativas*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 231.

³² Cfr. mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. (Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey). Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991. (2da. Edición, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. (Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey-Alexy-Finnis). Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006).

interpretativo del derecho entendido como mero acto de voluntad –según Kelsen– o fruto de la ideología irracional –en Ross– es otro de los tópicos que combatirán los neoconstitucionalistas enarbolando la bandera de la razón práctica argumentativa capaz de encontrar la “única respuesta correcta” (Dworkin) o apostar a la “única respuesta correcta como idea regulativa” (Alexy). Zagrebelsky –como vimos– plantea explícitamente la contraposición de la “*scientia juris*” con la “*juris prudentia*”: “la primera como racionalidad formal, la segunda como racionalidad material, es decir, orientada a los contenidos. En términos aristotélicos, *episteme* frente a *phronesis*; en términos escolásticos, *ratio speculativa* frente a *ratio práctica*. Mientras el criterio que preside las primeras es la oposición cualitativa verdadero-falso, todo-nada; el que preside las segundas es un progresión cuantitativa que va desde lo menos a lo más apropiado, desde lo menos a lo más oportuno, desde lo menos a lo más adecuado y productivo”.³³ También Ferrajoli se ha ensañado con aquel tipo de ciencia jurídica neutral y descriptiva, y promueve una ciencia activa, crítica y promotora de cambios. Desde la perspectiva epistemológica auspiciada por el neoconstitucionalismo ha quedado muy poco de aquel modelo de saber definido en el Círculo de Viena, y consiguientemente se impone al jurista un trabajo de dilucidación de valores, funciones o finalidades que requiere el tránsito por la filosofía jurídica que se torna inescindiblemente y genéricamente práctica, pero además exige del jurista propuestas de cambio y reforma que implican instalarlo racionalmente en el ámbito de la creación del derecho. El riesgo es que todo el empeñoso esfuerzo por sistematizar y describir al derecho positivo vigente que caracterizó a nuestros grandes maestros universitarios, quede arrumbado como un saber carente de interés cognoscitivo jurídico. Aunque no se adhiera al reduccionismo cientificista, no caben dudas de que la ciencia jurídica es un abordaje necesario y posible para conocer el derecho, y precisamente el neoconstitucionalismo con su preocupación principialista y por la equidad o justicia del caso puede generar rechazo o distanciamiento a ese nivel noético.

4.9. La pérdida de la seguridad jurídica

Este valor tan típicamente decimonónico desaparece o se diluye fuertemente en las teorías neoconstitucionalistas en tanto ellos optan privilegiadamente por la equidad o la justicia. Es cierto que Kelsen también había despotricado contra la seguridad jurídica, pero el fundamento era el decisionismo volitivo o irracional por el que transitaba la resolución judicial. En el neoconstitucionalismo hay una apuesta muy confiada en la razón práctica del operador del derecho capaz de operar con los principios y valores en tensión y buscar la correcta solución que exige cada caso. Alexy más allá de que rechaza en nombre de la seguridad jurídica a un eventual derecho constituido sólo por principios, y promueve la presencia también de reglas, no se amilana en suscribir la fórmula radbruchiana: “injusticia extrema no es derecho”, y consiguientemente, adhiere a la posibilidad de que ciertas normas –incluidas las constitucionales– que han cumplido todas las exigencias formales previstas en el sistema jurídico vigente no logran nacer al derecho. La presencia necesaria de este límite para el derecho positivo explica que no haya problemas de retroactividad de las leyes en el caso de la legislación nazi o de las que autorizaban a matar a los guardianes del muro de Berlín, dado que estas reglas por su “injusticia extrema” no habían llegado a nacer

³³ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ob.cit.*, p. 123.

al derecho no obstante su consagración formal. La razón práctica “neoconstitucionalista” está en condiciones de ponderar o valorar y encontrar, o confiar en lograr, la mejor respuesta para cada caso, y por eso la posibilidad de regular anticipadamente la solución que tiene cada caso es olvidarse de la presencia de los principios indeterminados y lo que aportan los casos al contenido de las normas. A la pretensión propia de la seguridad jurídica de conocer anticipadamente las consecuencias que pueden derivarse de los comportamientos que realicemos a tenor de las normas vigentes, se la condiciona a que ellas no superen el umbral de la injusticia extrema porque, en tal supuesto, aplicarlas implica asumir un “riesgo” (Alexy) que consiste en la posibilidad de que nos hagan responsables jurídicamente con posterioridad, y también a la posibilidad de obtener plurales y diversas respuestas a partir de distintos principios jurídicos. Una buena prueba de hasta dónde impera hoy en la cultura judicial la necesidad de buscar soluciones justas en cada caso puede ser el artículo 43 del Estatuto del Juez Iberoamericano aprobado por las 22 Cortes Supremas de Ibero América en tanto ahí se dice que los jueces “sin perjuicio del respeto a la legalidad estricta deberán resolver los caso con equidad procurando atemperar con criterios de equidad las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables”. Podemos coincidir en no reducir la axiología jurídica a la seguridad jurídica,³⁴ pero nos parece casi una renuncia a las conquistas de la modernidad suprimir directamente ese valor y confiar dogmáticamente en la razón justa del juzgador, aunque éste sea el constitucional.

4.10. La jurisprudencia como única fuente del derecho

El “desbordamiento de las fuentes del derecho” denunciado por Pérez Luño³⁵ es puesto de relieve y también promovido en la jurisprudencia constitucional. Si en la Constitución está todo el derecho, el mejor “Boletín Oficial” que garantice la publicidad del derecho y su prohibición de alegar la ignorancia, se convierte en esa jurisprudencia constitucional; de ese modo, las restantes fuentes son apenas proyectos de derecho vigente condicionado a la confirmación o corrección que le formulen los jueces constitucionales. En sintonía con las tesis de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, las sentencias constitucionales han ido creciendo en variedad y audacia dejando muy atrás la propuesta kelseniana del “legislador negativo”. Así -recordemos una vez más- que es posible encontrar sentencias que dan la única interpretación constitucional posible para la impugnada ley, que le agregan o suprimen texto a la ley, que le reclaman al Legislador cambios en contenido o directamente su derogación, que distinguen entre declaración de inconstitucionalidad y nulidad, que confieren plazos para la vigencia de una ley luego de haber sido declarada inconstitucional, o que no declara la inconstitucionalidad sólo atento a las consecuencias económicas o sociales que puede acarrear esa declaración, etc. La conclusión de la escuela de la jurisprudencia sociológica norteamericana de que el derecho es lo que los jueces dicen que es, ya no está tan lejos del derecho europeo continental. Incluso autores como Aarnio reformula la definición de fuentes del derecho como “toda razón que puede ser usada como base

³⁴ Cfr. mi artículo “Aproximaciones a la seguridad jurídica”, publicado en *Derechos y Libertades*. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Año III, N° 6, febrero 1998.

³⁵ Pérez Luño, Antonio Enrique. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.

justificatoria de la interpretación”,³⁶ lo que refuerza el riesgo de reduccionismo jurisprudencial en tanto el derecho o sus fuentes se asimilan a los argumentos que justifican las decisiones judiciales válidas. La doctrina constitucional norteamericana que postula una “constitución viviente” (*living constitution*) implica ir a reconocer en la jurisprudencia constitucional lo que ella va siendo al ritmo de los tiempos y cambios generacionales. “Si aplicar el derecho es descubrirlo” en la perspectiva hermenéutica de Kaufmann, suena coherente la visión lagunosa que Larenz tiene del sistema jurídico en tanto cada caso cuenta con una especificidad que descarta la ilusión de una previa respuesta completa y claramente dada. La tarea del jurista se sintetiza en encontrar respuestas correctas justificadas argumentativamente, con la advertencia que fuera de aquellas soluciones necesarias o racionalmente imposibles, queda un amplio espacio para aquellas simplemente posibles. Desde esa perspectiva, Andrés Ollero preocupado por los iusnaturalistas que piensan con un modelo que pone en paralelo al derecho natural, los convoca a “desdramatizar el positivismo jurídico” e incluso se atreve a postular cierto “iusnaturalismo inclusivo” porque en definitiva el derecho sin más, es algo concreto e histórico mientras que la ley es una medida abstracta y suprahistórica.³⁷ En ese marco teórico parece ausplicable que los juristas se dediquen a estudiar el derecho jurisprudencial y constatar en qué medida el caso que los convoca guarda analogía con algunos de los casos ya resueltos. También aquí se puede advertir que por el camino de la constitucionalización podemos estar produciendo subrepticamente una verdadera revolución jurídica y política en el Estado de Derecho que Europa ha construido y nosotros heredado.

4.11. La supresión o el debilitamiento del Estado

El iuspositivismo decimonónico encontró en el Estado soberano un apoyo decisivo para su teoría, y en particular las constituciones nacionales fueron la piedra basal por excelencia desde la cual se forjaron y se expresaban los Estados. La asimilación kelseniana del Estado al orden jurídico total, viene a inscribirse en sintonía con aquella visión de los derechos positivos adscriptos a determinados Estados nacionales. Sin embargo, es evidente el proceso creciente de globalización o fortalecimiento del derecho que surge más allá de sus fronteras y que no pide autorización expresa a ningún órgano para su entrada en vigencia o que incluso corrige a las decisiones jurídicas generadas en el intérprete final de la Constitución nacional. Ferrajoli, preguntándose por el futuro del Estado de Derecho, entiende que uno de los desafíos “es el dirigido a la dimensión constitucional del Estado de Derecho por la pérdida de soberanía de los Estados por el desplazamiento de las fuentes del Derecho fuera de sus confines y por el consiguiente debilitamiento del papel garantista de las Constituciones nacionales. Frente a estos procesos, la única alternativa al ocaso del Estado de Derecho es la promoción de una integración jurídica e institucional, complemento de la integración económica y política, hoy ya irreversible, y por tanto el desarrollo de un constitucionalismo sin Estado, a la altura de los nuevos espacios, ya no estatales sino supraestatales, a los que se ha desplazado el poder y las decisiones: por un lado, un constitucionalismo europeo y, por el otro, un constitucionalismo internacional, idóneos para limitar el absolutismo de los nuevos poderes”.³⁸ El “derecho

³⁶ Aarnio, Aulis. *Lo racional como razonable*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 123.

³⁷ Tassara, Andrés Ollero. *¿Tiene razón el derecho?*. Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, p. 306; y *Derechos Humanos (entre la moral y el derecho)*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, p. 315 y ss.

³⁸ Ferrajoli, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell, *ob.cit.*, p. 24.

constitucional común europeo” integrado por “un conjunto de principios constitucionales particulares que resultan comunes a los diferentes Estados nacionales europeos, tanto si han sido positivizados como si no”, tiene en Peter Häberle un decidido impulsor, complementándolo con su método interpretativo “comparativo” orientado a descubrir la matriz común europea.³⁹ Esa quiebra tan visible de los Estados al ritmo de globalización e integración, se refleja en el elocuente dato que el 80% del derecho vigente en los Estados europeos proviene de órganos comunitarios, y en nuestro continente, al menos en materia de derechos humanos es claro que la última palabra jurídica ya no la tienen nuestras Cortes Supremas sino la Corte Interamericana de Derechos Humanos y desde esa jurisprudencia cabe interpretar los textos constitucionales en esa materia. La idea de la soberanía centrada en Bodin en la “*potestas legibus solutus*” resulta resistida claramente por el neoconstitucionalismo, por eso Ferrajoli impugna la noción de soberanía y plantea tres cuestiones a su propuesta de un “constitucionalismo global”: 1) la ausencia de garantías judiciales en el nivel internacional; 2) el cambio de lugar de las respectivas garantías constitucionales como consecuencia del debilitamiento de la soberanía estatal; y 3) la posibilidad de un derecho de asilo como contrapeso de la concepción estatista de los derechos humanos derivada de la ciudadanía. Zagrebelsky plantea que en los Estados pluralistas actuales “antes que de soberanía de la Constitución sería más adecuado hablar de Constitución sin soberano”. Han ido apareciendo como una consecuencia lógica del constitucionalismo, Constituciones supranacionales o transnacionales con Tribunales respectivos con competencia para decir la última palabra jurídica. La crisis de la supremacía de la Constitución es el fortalecimiento de las Constituciones regionales o comunitarias, pero esto puede ser peligroso en las relaciones internacionales en tanto posibilite la prevalencia de los Estados poderosos.

4.12. La absorción por el derecho de toda la ética social

El pluralismo es un dato de las sociedades contemporáneas, y ello conlleva un politeísmo axiológico o la pérdida de valores comunes. El riesgo es que se avale que no hay espacio para otra ética social que la consagrada por el derecho, y en especial aquella consagrada por la Constitución. Ese juridicismo ético implica pedirle demasiado al derecho y a los juristas, pues la experiencia confirma que para que funcione el derecho y se logre el “buen vivir social” es necesario consolidar en los comportamientos sociales voluntarios valores que se orienten al más integral respeto y cooperación. Es ingenuo pretender que las normas jurídicas se van a respetar sólo por la amenaza de la coerción, por eso, incluso para la mayor eficacia jurídica, se requiere de una educación ciudadana que aporte consenso al mismo derecho. Pero además, si bien el derecho es un instrumento poderoso para la vida social, se requiere de la colaboración de la ética social o aplicada a punto tal de que si se logra que ésta sea aceptada seguramente se tornará menos importante el papel del derecho. Este es un mínimo ético y tiene básicamente por objeto las conductas más trascendentes para la vida social posibles de ser impuestas coercitivamente; pero la ética, al buscar excelencia o máximos, reclama no sólo que cumplamos las conductas jurídicas con intención acorde sino que además pretende otras conductas más exigentes que al derecho no le corresponde ni puede

³⁹ Cfr. Haberle, Peter. *El Estado Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.

prescribir. La tarea del derecho es procurar “buenos ciudadanos” mientras que la moral busca “buenas personas”. Dice Habermas peligrosamente, que la moral ya no flota fuera del derecho sino “emigra al interior del derecho positivo”,⁴⁰ y entonces el riesgo es que la moral permitida sea aquella consagrada por la Constitución, o sea una especie de juridicismo ético donde los problemas éticos se resuelven a través de normas jurídicas u órganos con competencia jurífera. Prieto Sanchís se hace cargo de que algunos neoconstitucionalistas ven en la Constitución “el compendio de la moral pública de la modernidad”.⁴¹ Así bastaría que se dicte una norma constitucional que fije una opinión ética para que ésta y sólo ésta quede respetada jurídicamente, y por ende quien opine lo contrario asuma el riesgo de la ilegalidad o, mejor dicho, de la antijuridicidad. Las opciones morales pueden quedar en manos del derecho, o de la Constitución y sus intérpretes, lo cual puede implicar una grave afectación a la libertad ciudadana en aras de la uniformidad axiológica constitucional o del “nacionalismo cívico” (Rawls).

4.13. El hiperrealismo jurídico

A la constitucionalización, al “rematerializar” el derecho impregnándolo de valores y moral, le cuesta digerir aquellas respuestas jurídicas que sólo se apoyen en valores formales y que son fuente muchas veces de injusticia o incompreensión para el ciudadano común ajeno a las formas pero preocupado por respuestas justas sustancialmente. En sintonía con el neoconstitucionalismo es probable que los juristas busquen debilitar o superar todo el capítulo de ficciones o presunciones en tanto creaciones o mentiras consagradas por el derecho pero carentes de apoyo en la realidad. Un ejemplo paradigmático de lo que decimos es la presunción *jure et jure* que el derecho es conocido luego de ser publicado, respecto de la cual se levantan críticas muy fuertes reclamando un derecho más humano y realista. Seguramente la Constitución posibilita variedad de argumentos para poner en crisis aquella presunción y otras consagradas en nuestros clásicos Códigos que se orientan a brindar respuestas generales y previsibles evitando que el derecho caiga en un casuismo judicial. La ley con su propósito generalizador impone soluciones que llegan a ser irracionales o dogmáticas en ciertos casos, y precisamente, el neoconstitucionalismo puede convertirse en un llamado inflexible e intransigente con respuestas que no superen el test de realismo o de razonabilidad intrínseco a toda Constitución axiológizada. Mientras que nuestros Estados de Derecho legal se forjaron y consolidaron con presunciones como la presunción del conocimiento de la ley publicada, a los que los respectivos jueces ordinarios aplicaban sin demasiados reparos teóricos, los jueces constitucionales movilizados por la equidad y la justicia, tan íntimamente impulsados por las Constituciones, fueron sensibles a ese llamado de la realidad. Buen ejemplo de lo que decimos puede ser el de la Corte Constitucional Italiana cuando por sentencia n.364/1988 archivó la ignorancia *legis* en materia penal.

4.14. El derecho a-sistemático o aporético

La ciencia jurídica moderna propuesta por Savigny reclamó centralmente un derecho normativo fuertemente sistémico, capaz de: a) definir con claridad sus límites o unidad; b)

⁴⁰ Habermas, Jürgen. “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, en *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Paidós, Barcelona, 1991, p. 168.

⁴¹ Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta, Madrid, 2003, p.105.

en el que la jerarquía normativa esté consagrada; c) que incluya todas las respuestas jurídicas necesarias para la resolución de los casos a presentarse; d) sin antinomias o fácilmente solucionables aquellas que eventualmente pudieran aparecer; y e) que luciera económico o sin redundancias normativas. Ese sueño sistémico alcanzó una notable perfección teórica con Kelsen y su exitosa pirámide. El neoconstitucionalismo se preocupa por encontrar la mejor respuesta jurídica para cada caso apelando para ello a los indeterminados valores, principios o derechos fundamentales, y por ende, no suscribe los intentos de sistemas apriorísticos o fuertes que supongan respuestas no ajustadas al problema jurídico. En definitiva, es una teoría que tiene fácil sintonía con las visiones débiles o abiertas de los sistemas (Canaris), en tanto lo que se privilegia es el problema y su solución a partir del cual es posible que quede delineado una perspectiva sistémica modesta de todo el derecho, pero que sin embargo sufrirá todas las modificaciones que impongan los otros casos. El juez Hércules dworkiniano cuando se enfrenta al problema debe enfrentar la sobrehumana tarea de reconstrucción ordenadora del derecho generado a lo largo del tiempo en su sociedad procurando que triunfen los principios y ocultando (“mintiendo”) aquellas soluciones que resulten incoherentes. Los principios alexyanos resisten un orden apriorístico y requieren ser ponderados en cada caso. Los principios están en colisiones y no hay soluciones fijas ni puntos de equilibrio (Zagrebelsky), porque lo decisivo será el caso. Así, a fuerza de neoconstitucionalismo y consiguientemente de prudencia, principios y equidad, puede diluirse totalmente aquella visión ordenada del derecho vigente alentada desde nuestros ámbitos académicos y profesionales, quedando éste peligrosamente reducido a una sumatoria de soluciones jurisprudenciales paralelas idóneas para resolver casos análogos.

4.15. La concreción inconstitucional de “reformas” constitucionales

Las Constituciones rígidas contemporáneas incluyen formas o procedimientos preestablecidos especiales que las resguardan de “reformas” diseñadas por los poderes constituidos pero contrarios o no aceptados por el poder constituyente. Es indudable que el camino de la interpretación constitucional es muy apto y fácil para su desborde e para introducir cambios en la Constitución marginando el procedimiento previsto a tales fines. Incluso la línea interpretativa del “no originalismo” norteamericano auspicia aquel derecho que tiene cada generación de darse su propia Constitución, lo que se facilita si es que “la Constitución es lo que los jueces dicen que es”. La distinción dworkiniana entre concepto y concepciones por supuesto que es muy difícil de proyectar en concreto y ofrece la alternativa de posibilitar que el intérprete no sólo imponga su concepción sino que ésta impacte en el mismo concepto en juego. Las teorías procedimentalistas, al contemplar exigencias formales que preserven la racionalidad de los resultados interpretativos, brindan un camino generoso para los cambios sustanciales en la Constitución. Es muy peligrosa la idea auspiciada por cierta doctrina norteamericana de que la Corte es una especie de poder constituyente permanente, lo que posibilita que la Constitución se torne algo viviente y que cada generación tenga la mejor Constitución. Por supuesto que el intérprete conoce y recurre a un gran repertorio de medios para que su tarea quede cubierta bajo el legítimo manto de la interpretación, pero que a poco se profundice la mirada sutil o no dogmática podrán descubrirse frecuentes alteraciones creativas y no meramente interpretativas. Esas posibilidades se incrementan si el intérprete constitucional queda habilitado para suplir lagunas constitucionales o declarar inconstitucionales ciertas normas constitucionales.

4.16. La politización del Poder Judicial

Los poderes judiciales establecidos en el marco del Estado de Derecho legal se integran por profesionales del derecho a los que se les reclama conocer el mismo, estableciendo, además, diferentes y terminantes incompatibilidades con la actividad política. Si es cierto que la Constitución encierra “mundos constitucionalmente posibles” como señala Zagrebelsky, es muy importante quien tiene el poder de elegir e imponer entre esas alternativas. De ahí que se ha señalado que una Corte Constitucional es algo demasiado trascendente como para dejarla en manos de “burócratas forenses” (Vanossi) y se pretende que sus miembros tengan visión de Estado. Las interferencias y criterios de afinidad políticas en la elección de los jueces constitucionales se toleran y justifican, incluso se llega a auspiciar que se hagan explícitas esas orientaciones políticas de los jueces como para que en el tribunal quede reflejado el pluralismo de la vida social y política. Ese marco encuentra sintonía con un proceso creciente y cada vez más visible de la llamada judicialización de la política que torna más sospechosa o desembozada las lealtades o simpatías políticas. Si es verdad entonces que jueces y política se encuentran por lo querido por la Constitución, el modelo del juez aséptico y profesional se debilita y deja de ser atractivo por la constitucionalización del derecho vigente. Algunos doctrinarios llegan a reclamar que el juez sincere sus forzosas afinidades políticas para de ese modo evitar sorpresas y garantizar limpieza en los procesos de selección. Por sobre miradas académicas, lo que cabe preguntarse es qué piensa el ciudadano común respecto de jueces que hacen explícitas sus preferencias políticas.

4.17. El Poder Judicial como Poder Administrador

El protagonismo judicial no sólo puede afectar al poder legislativo sino también alcanzar al otro Poder del Estado, o sea al Poder Ejecutivo. He leído en algún autor una conclusión que en parte se pretendía descriptiva pero que al mismo tiempo traducía cierto auspicio; ella expresaba que el siglo XIX fue el del Poder Legislativo, el siglo XX el del Poder Ejecutivo, pero el XXI sería el del Poder Judicial. Por sobre pronósticos, es evidente que es posible leer en la Constitución requerimientos o modos de actuación del Poder Ejecutivo, y consecuentemente, no es ilógico que se impongan al mismo ciertos deberes o prohibiciones. Ello mucho más cuando se advierte la crisis de las llamadas “cuestiones políticas” exentas del control jurisdiccional, y aumenta la presión para que se satisfagan los llamados “derechos humanos económicos, sociales y culturales”. Cada vez más se deciden judicialmente problemas que tienen que ver con el manejo del Presupuesto o con lo propio del Poder Administrador; y el ciudadano o el empleado público sabe que a los fines de lograr que se respeten sus derechos o se satisfagan sus pretensiones cuenta con instancias judiciales cada vez más independientes. Incluso en muchos países de nuestra región existe una opinión pública que supone que los mejores jueces son aquellos que dictan sentencias contra el Ejecutivo, lo cual puede generar una tentación de protagonismo judicial a fuerza de condenar a los gobernantes de turno aunque tengan razón. En definitiva, el neoconstitucionalismo puede promover jueces que en nombre de la Constitución sustituyan o impongan al Administrador criterios que propiamente no son los aconsejables desde el punto de vista del bien común.

4.18. Etnocentrismo cultural

La Constitución se ha erigido en Occidente en un signo de civilización, incluso la misma fórmula del Estado de Derecho constitucional o Estado de Derecho fuerte encierra un

evidente juicio de valor en tanto el gobierno del derecho es muy superior o preferible al gobierno de los hombres (“*Rule of law not of men*”). Y si la Constitución contiene los valores básicos de la vida social, no caben dudas que ella no sólo transmite una forma de gobierno sino y especialmente una cierta cultura (Carbonel). El mensaje que la opinión pública comparte es que un Estado sin constitución al modo de las vigentes en Europa o EE.UU., es un Estado marginado del progreso y del futuro. El riesgo evidente de esa expansión de un cierto tipo de Constitución y constitucionalización es el de suprimir otras culturas ajenas a la tradición occidental, o sea el peligro de que aquélla se convierta en el arma predilecta para practicar –consciente o inconsciente– un inequívoco etnocentrismo cultural. La Constitución que se difunde es la inventada por Occidente y por ende Occidente pretende imponerse por sobre cualquier otra variante de organización social y política. Así el neoconstitucionalismo no obstante ser una teoría que responde a un cierto contexto histórico y geográfico, puede llegar a enarbolarse como el modelo imperial a seguir por todos los pueblos que busquen la civilización y no la barbarie. Los constitucionalistas promueven como método interpretativo de sus constituciones el “comparativo”, de manera que deben alentarse las opciones que mejor se concilien con el derecho constitucional de los pueblos con mejor calidad constitucional. También los constitucionalistas al auspiciar procesos regionales o mundiales de constitucionalización, obviamente que tienen presente sus modelos constitucionales y culturales.

5. Algunas prevenciones frente a los riesgos señalados

Ya hemos adelantado que la precedente nómina de riesgos implícitos en la lógica de la constitucionalización y del neoconstitucionalismo no tiene el propósito de alentar la vuelta al Estado de Derecho legal, por el contrario, creemos en aquel proceso “descubierto” por Europa en la segunda mitad del siglo, e incluso nuestra propia práctica profesional como jueces constitucionales conlleva el firme propósito de que prevalezca la Constitución. Pero de todas maneras nos interesa preservar el diseño democrático constitucional, y estamos convencidos que no es bueno para la sociedad ni para el derecho que algún Poder prevalezca descontroladamente sobre los otros, por eso es que nuestra intención es simplemente subrayar algunos potenciales riesgos que pueden concretarse si nos dejamos arrastrar irracionalmente en una lógica inercial desplegada en nombre de la Constitución. Es que nuestros ámbitos académicos se mantienen en sus prácticas habituales y no resulta fácil lograr que las alteren prestando atención a nuevas realidades que exigen otras miradas y lugares. Se torna urgente que en primer lugar nuestros profesores –aunque también todos los actores sociales– reaccionen frente a la realidad a los fines de describirla pero también valorarla y procurar orientar su mejor desarrollo. Parte de la responsabilidad académica incluye esa tarea previsor y orientativa, y para eso no podemos descuidar al derecho vivo y seguir enseñando que el derecho se reduce a normas que se explican con las mismas teorías que se usaron en el XIX. Desde esa perspectiva nos proponemos a continuación indicar algunos remedios o terapias que pueden y deben asumir todos los que tienen responsabilidad social en orden a controlar o superar los riesgos señalados. Se trata también de una lista que podríamos haber simplificado pero que mantenemos en una versión algo redundante en razón de la variedad de destinatarios y la importancia de la cuestión. Por supuesto que aquí, como en el punto anterior, el orden indicado de los ítems no implica importancia, aunque ellos tengan distinta relevancia.

5.1. Mejor técnica legislativa

García de Enterría constata que “la legislación actual tiende a la ocasionalidad y la confusión”,⁴² y Díez-Picazo además de la inflación legislativa denuncia: “Son, además, como todos sabemos muy bien, leyes dictadas en ocasiones muy concretas para responder a estímulos y problemas cotidianos [...] Son leyes hechas de prisa, con escasa técnica legislativa, de las que puede decirse que no tienen ayer y que no tienen mañana”.⁴³ Zagrebelsky no duda en concluir: “la época actual viene marcada por la ‘pulverización’ del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal”.⁴⁴ En 1984 Manuel Atienza un tanto categóricamente concluía que había que ayudar a construir “una teoría y técnica de la legislación de la que, hoy por hoy, se carece”;⁴⁵ la racionalidad integral del legislador seguramente restringirá los márgenes del intérprete, pero para ello se torna urgente trabajarla y ordenarla en sus dimensiones: lingüística, jurídico-formal, pragmática, teleológica y ética. En definitiva hay absoluta coincidencia sobre la “crisis de la ley”⁴⁶ que genéricamente tiene que ver con el traslado de poder que supuso el nuevo paradigma del Estado social y que puntualmente abarca: la falta de funcionalidad de la ley procesal, leyes que no procuran fines generales sino concretos, leyes con “objetos múltiples”, leyes de “partidos políticos”, leyes inestables, leyes contradictorias, etc. El constitucionalismo impone adoptar una racionalidad que compartan legisladores, jueces, doctrinarios y gobernantes en general. El modelo de ley que surge de Francia y que tan extrema y paradigmáticamente expusiera Rousseau es una ficción que se apoyaba en el dogma de un legislador racional que no necesitaba justificarse dado que no tenía posibilidad de equivocarse, pero precisamente la presencia de la Constitución rematerializada como la de la jurisprudencia constitucional requiere de una mejor técnica legislativa. El simple y conocido ejemplo antes aludido de la evidente despreocupación por la técnica legislativa lo constituye el recurso de “derogar toda disposición que se oponga” a la ley sancionada, lo cual más que resolver el problema lo transfiere a otro momento y a otros responsables.

5.2. Leyes más modestas

Desde la perspectiva del dogmatismo exigido al jurista y la prohibición de discrecionalidad para el juez, la ley garantizadora de la seguridad jurídica debía estar constituida por reglas que sirvieran de premisa mayor para el juicio subsuntivo judicial. Sin embargo, la riqueza de los casos y la presencia de principios y valores constitucionales que no cuentan con supuestos de hechos ni jerarquías apriorísticas destruye por inviable aquella pretensión de automatismo judicial. Por eso, para proporcionar una seguridad jurídica posible y evitar soluciones que en ciertos casos se tornen groseramente disvaliosas, se requiere de leyes más modestas que no dejen librado a los criterios del juzgador la solución que se le ocurra sino que establezcan márgenes para la misma, de modo de no perturbar que el derecho responda efectivamente al bien o interés de todo hombre. Resulta así irreal y axiológicamente peligró-

⁴² García de Enterría, Eduardo. “La democracia y el lugar de la ley”, en *La vinculación del juez a la ley*. Ob. cit., p. 91.

⁴³ Díez-Picazo, Luis. “La justicia y el sistema de fuentes del derecho”, en *La vinculación del juez a la ley*. Ob. cit., p. 216

⁴⁴ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ob. cit., p. 37.

⁴⁵ Atienza, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Civitas, Madrid, 1984, p. 9.

⁴⁶ Para un panorama amplio y actualizado puede consultarse con provecho: Marcilla Córdoba, Gema. *Racionalidad legislativa (Crisis de la ley y una nueva ciencia de la legislación)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

sa la sanción de Códigos con más de cuatro mil artículos que pretendían contener la totalidad de las soluciones a todos los casos a presentarse, e incluso la paradoja inexorable de esas leyes tan “seguras” era que finalmente aparecía un caso que racionalmente exigía su apartamiento y era principalmente una Corte Suprema la encargada de “violarla” en nombre de valores o principios que fácilmente despertaba adhesión ciudadana. Por eso se requiere de leyes principalistas que de algún modo completen la indeterminación del constituyente, pero no con la intención de cerrar toda determinación judicial sino de fijarle límites a la misma. A manera de ejemplo recurramos a uno de la jurisprudencia argentina en torno al trasplante de órganos entre hermanos que según la ley exigía los 18 años en el donante; pero llegó un caso en el que sólo restaban dos o tres meses para cubrir ese requisito legal, y entonces la alternativa absurda era decirle a la donante que soportara la pérdida del hermano en nombre de la salvación del rigor legal, por lo que la Corte Suprema luego de constatar la libertad psicológica del donante autorizó la donación. Pues entonces lo mejor no era una ley que diera una solución inequívoca anticipada para todos los casos o que autorizara al juez hacer lo que quisiera, sino aquella que convalidara los pedidos de donación de órgano una vez que se hubiere acreditado la libertad real del donante.

5.3. Más argumentación justificatoria en la producción autoritativa de las normas

La cultura jurídica decimonónica prescribió en sus Códigos civiles el modo en que debía proceder el juez cuando aplicaba una ley, y concretamente establecía ciertos métodos interpretativos –gramatical, lógico, histórico y sistemático– que garantizarían el “desentrañamiento del sentido de las normas”. Dichas técnicas eran instrumentos para hacer prevalecer la voluntad del legislador por parte del juez que nada creaba para el derecho. De este modo, la teoría interpretativa vigente lucía de una aparente simplicidad y facilidad pero que pecaba de una gran dosis de ingenuidad e irrealidad. Precisamente en la segunda mitad del siglo XX, y sobre todo en las tres últimas décadas, uno de los capítulos de la iusfilosofía que más ha crecido en cantidad y calidad ha sido todo el tema de la argumentación, que en buena medida coincide con el viejo tema de la interpretación. Recordemos que Tarello elabora una lista de argumentos que alcanza a los 15, mientras que Perelman los reduce a 13. Más aún, algunos autores (Dworkin, Atienza, etc.) llegan a proponer un concepto interpretativo del derecho o a reducir el derecho a una “práctica argumentativa”; es que en buena medida el derecho ha sido inventado para resolver problemas jurídicos y lo decisivo es la justificación racional que lucen esas soluciones. “Validez jurídica” remite en última instancia a “justificación racional”, o sea a requerir de la respuesta jurídica que cuente con los argumentos suficientes que la respalden (recordemos una vez más a Aarnio cuando propone un nuevo concepto de “fuentes del derecho” que se asimila a esos argumentos justificatorios utilizados por los jueces). Alexy propone una “teoría de la argumentación jurídica” que contiene 28 exigencias orientadas a asegurar procedimentalmente la racionalidad de la respuesta. En este marco de preocupación por la justificación racional de las decisiones judiciales cabe destacar el esfuerzo volcado en torno a la “epistemología judicial fáctica” (Taruffo, Gascón Abellán, etc.), un tema que a fuerza de normativismo la teoría interpretativa tradicional había ignorado. Todos esos aportes destinados a dotar de racionalidad a la decisión jurídica autoritativa no se reducen al juez sino que pretenden extenderse a toda autoridad; incluso la legal, porque de ese modo lo ordenado ganará en firmeza y podrá pretender aceptación racional voluntaria. Es oportuno desta-

car que la invocación de principios no es sinónimo de arbitrariedad ni de imprevisibilidad; por el contrario, un trabajo apropiado de esclarecimiento y uso de los mismos puede brindar apropiada y anticipada determinación (Prieto Sanchís, Moreso, Ollero, García Entrerría, etc.). En síntesis, se requiere que la cultura jurídica –especialmente la académica y la judicial– asuma con seriedad el tema de la argumentación y le preste la atención que se merece, pero no repitiendo enseñanzas superadas sino enriqueciéndola con la variedad de propuestas que la doctrina ofrece en la actualidad.

5.4. Más estudio y control sobre la jurisprudencia

Si los jueces crean derecho es evidente que si pretendo conocer el derecho debo conocer el derecho que sigue después de la ley. El derecho es una obra colectiva que positivamente origina el constituyente pero concluyen los jueces, por eso una cultura jurídica asimilada a cultura de la ley ignorará al derecho integral. Esta exigencia impone que nuestras universidades establezcan currículos en donde se estudie no sólo la ley sino la jurisprudencia que es otro modo –mucho más realista– de estudiar a la misma ley en cuanto se la ve en movimiento o en su compleja capacidad resolutoria. Y este estudio o análisis de la jurisprudencia apela no sólo a la nacional sino también a la supranacional o comunitaria. Recordemos que según las enseñanzas de la hermenéutica, la norma sin el caso está incompleta y los hechos que son resueltos por esa norma son integrativos de la misma a punto que para conocerla totalmente resulta necesario apelar a su texto normativo y a los casos. Así, por ejemplo, si me limito a conocer el texto de la ley que regula la caducidad de instancia e ignoro cuáles son los actos a los que les reconoce o no capacidad impulsora del proceso puedo concluir que aún no conozco a toda la ley. Esa atención que pretendemos especialmente de nuestras universidades en torno a la jurisprudencia permitirá no sólo conocer a todo el derecho, sino también posibilitará valorarla y reclamar la responsabilidad a los jueces por lo que “hacen” con el derecho al declararlo. Es un hecho evidente que encontramos distintas líneas jurisprudenciales o votos en mayoría o minoría dentro del mismo tribunal, por lo que se torna urgente que se estudien críticamente esas decisiones como para enriquecerlas y auspiciar rectificaciones o seguimientos justificados. Con el sólo propósito de rechazar la ya inconcebible tesis que la jurisprudencia nada crea de derecho, traigamos a colación una aproximación interesante a la jurisprudencia que sugiere Laporta⁴⁷ –valiéndose de enseñanzas del *common law*– a tenor de la cual distingue entre “*ratio decidendi*” y los “*obiter dicta*” exigiéndose la reiteración no como requisito para la fuerza normativa del precedente sino como medio para identificar la norma creada por el mismo.

5.5. Sistemas jurídicos flexibles

La idea de sistemas jurídicos fuertes en donde era posible establecer la unidad, completitud, jerarquía, coherencia y economía de cada uno de ellos de una manera clara y definitiva es, a la luz de la realidad jurídica, una ficción manifiesta. El ordenamiento jurídico –denuncia Zagrebelsky– se ha tornado un “problema” dado que “son el resultado de una multiplicidad de fuentes que es, a su vez, expresión de una pluralidad de ordenamientos menores que viven a la sombra del estatal y no siempre aceptan pacíficamente una posición de

⁴⁷ Laporta, Francisco Javier. “Vinculación del precedente judicial en España”, en *La vinculación del juez a la ley*. Ob. cit., p. 274.

segundo plano”.⁴⁸ Un modo de reflejar esa crisis de los sistemas “fuertes” es apelar a la presencia de “principios” en tanto éstos resisten por ejemplo a la pretensión de jerarquías apriorísticas o están disponibles para los operadores en una indeterminada y gran variedad de casos. Pero a pesar de esta conclusión, no parece apropiado que renunciemos a esa alternativa en favor del sistema, más bien lo que impone es procurar el más completo sistema jurídico posible con la conciencia que aquel “fuerte” no es alcanzable. Parece innecesario detenernos a justificar la pretensión de ordenar el material jurídico atento a los evidentes beneficios que traería, sobre todo en comparación con la alternativa del desorden de dicho material. De todas maneras ese objetivo en aras del sistema debe ser planteado de manera modesta en el sentido de que sólo será posible un sistema “débil”, “poroso” o “abierto” en tanto necesariamente no impedirá que ingrese al mismo, directamente, material jurídico proveniente desde afuera del mismo. Incluso ese sistema ausplicable sólo podría elaborarse desde el momento final del derecho, o sea desde la jurisprudencia en donde se podrán leer los criterios de ordenación del material que se van confirmando o rectificando. Es en buena medida responsabilidad de doctrinarios y operadores del derecho no seguir proponiendo sistemas irreconocibles en la realidad sino procurar elaborar los mejores ordenamientos posibles del material jurídico, atento a que ello redundará en el mejor y más correcto uso del mismo. Jueces sin la guía de ningún sistema son fuente de mayor discrecionalidad y más difícil control.

5.6. Más cultura constitucional

El derecho constitucional en la formación tradicional de nuestros estudiantes de abogacía es una rama más, incluso no es de aquellas de las que goza del mayor prestigio, pues entre éstas habitualmente se cuenta el Derecho Privado. Por otra parte, aquellos cursos generalmente privilegian la parte orgánica de la Constitución y le prestan escasa atención a la parte dogmática. Además, a los fines de completar la visión académica devaluada del derecho constitucional habría que recordar los golpes militares que pulularon por Latinoamérica y que implicaron un obstáculo central en orden a forjar conciencia constitucional. Es que en definitiva y como lo destacáramos arriba, predominaba una cultura jurídica esquizofrénica que si bien no podía negar el papel que la misma Constitución se había asignado siguiendo el modelo norteamericano, en la práctica la vida académica y la cultura jurídica viviente se inspiraba en el Estado de Derecho legal. Un ejemplo de esa desatención a la Constitución podría ser el escaso interés que despertaba la interpretación constitucional, respecto de la cual se intentaba reproducir lo que se enseñaba en materia de interpretación de la ley. En definitiva, nuestras sociedades pero principalmente nuestros profesionales del derecho carecían de una verdadera cultura constitucional que advirtiera la especificidad, trascendencia y complejidad de la Carta Magna. Puntualmente Zaffaroni constata en Latinoamérica un “tremendo descuido de la teoría política y constitucional del Poder Judicial”,⁴⁹ no obstante la decisividad política y constitucional del problema. Es obvio que el tránsito del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional supone una nueva cultura

⁴⁸ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ob. cit.*, p. 38.

⁴⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Dimensión política de un poder judicial democrático”, en *Jueces y Derecho*. Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro, Rodolfo Vázquez (comps.). Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p. 114.

jurídica, y para ello se torna imprescindible romper inercias y encontrar nuevos referentes. Esa nueva cultura jurídica debe hacerse cargo de problemas inéditos o escasamente estudiados tales como: a) el referente a determinar el contenido de valores, principios o derechos humanos; b) el reconocer los distintos tipos de reglas o normas contenidas en la constitución y cómo se opera cada una de ellas; c) el identificar los distintos tipos de sentencias constitucionales y la estructura de las mismas; d) establecer con alguna claridad la zona de reserva de los diferentes poderes del Estado; e) reconocer la finalidad y límites del control constitucional; etc.

5.7. Más filosofía jurídica

El modelo dogmático de cultura jurídica redujo la gnoseología jurídica a ciencia y ésta se limitaba a describir, sistematizar e interpretar el derecho positivo según los métodos clásicos. El jurista por excelencia era aquel que se limitaba a memorizar o repetir la ley sin introducir perspectivas críticas o valorativas. De algún modo lo que se alentaba era que se dominara con ese alcance alguna de las ramas del derecho, es decir, se hiciera un especialista en lo civil, lo penal, lo laboral, lo administrativo, etc., pero lo que corresponde advertir es que no puede dominar un adjetivo ignorando al sustantivo, o sea, antes de llegar a ser un especialista se requiere apropiarse de alguna noción del derecho, porque es evidente que la caracterización que uno haga del derecho a secas determinará el alcance que luego tendrá esa especialización. Sin embargo, nuestras universidades en aras de la ciencia descriptiva y aséptica condenaron a la filosofía del derecho a un papel absolutamente marginal e intrascendente. De ahí las esquizofrenias extendidas de autores que se declaraban iusnaturalistas pero luego explicaban su disciplina codificada de manera absolutamente iuspositivista. Lo que se requiere es volver a la filosofía jurídica como un saber necesario a los fines de comprender a todo el derecho y operarlo con coherencia, integralidad y racionalidad. Precisamente Ferrajoli, le asigna a la ciencia jurídica un papel crítico y normativo en tanto debe procurar completar las lagunas y resolver antinomias, pero para ello debe superarse la visión descriptivista de la típica ciencia jurídica que predominó en nuestras Facultades de Derecho. Es evidente que algunos sectores y preguntas claramente hoy suscitadas por el derecho vigente, requieren respuestas de la filosofía jurídica: pensemos por ejemplo: a) el campo objetivo o relativo, racional o irracional de los valores, la injusticia extrema o la equidad; b) sobre si el saber jurídico es teórico o práctico y por ende el método que hay que seguir para alcanzarlo; c) en qué consiste interpretar o aplicar el derecho; d) la nómima exhaustiva o enunciativa de las fuentes del derecho; e) si hay o no un sistema jurídico; f) el concepto sistémico o meta-sistémico de la validez jurídica de una norma; g) las reglas que regulan el silogismo deductivo; etc. Ya advertía Nino sobre la escasa relevancia de ese modelo iuspositivista de ciencia jurídica privada que se limitaba a indicar el derecho vigente pero que debía abstenerse de hacer valoraciones o propuestas de *lege ferenda*. Esas respuestas y muchas otras que requiere de la iusfilosofía son decisivas a la hora de interpretar y aplicar el derecho en general y la Constitución en particular. No se trata de renunciar a la ciencia sino de completarla e integrarla a los demás tipos de saberes jurídicos, especialmente aquel encargado de explicar qué es el derecho y cuáles son sus funciones o fines.

5.8. Reformulación de los poderes del Estado

El modelo de Estado heredado del XIX partía de la base de los tres poderes que centralmente se definía en torno a la ley dado que el Legislativo la hacía, el Ejecutivo la ejecutaba

o ponía en marcha y el Judicial la aplicaba a los casos. Sin embargo, ha pasado demasiada agua bajo el puente no sólo porque desde siempre cada uno cumple funciones que por definición son de otro Poder (por ejemplo el Judicial y el Legislativo es obvio que administran, o el Ejecutivo y el Legislativo cumplen algunas tareas típicamente jurisdiccionales, y también, tanto el Ejecutivo como el Judicial, dictan normas de alcance general que no ejecutan leyes), sino porque algunos de esos poderes han crecido notablemente (por ejemplo el Ejecutivo durante el XX) generando administraciones indirectas, descentralizadas o mixtas y porque además han ido apareciendo órganos o poderes que extraña o paradójicamente se los llama extra-poderes (por ejemplo Consejos de la Magistratura, procuradores Generales, defensores del Pueblo, tribunales Constitucionales, etc.) a lo que hay que sumar los órganos o poderes comunitarios, regionales, supranacionales o internacionales partir de la crisis de la noción tradicional de soberanía. El inquietante y distorsionado panorama actual del Estado revela una realidad que poca relación guarda con la de los clásicos manuales de Derecho o Ciencia Política con los que todavía se enseña en nuestras Facultades. Yendo específicamente al tema que nos convoca pensamos que hay muchas preguntas que deben incorporarse a la agenda política y que resultan de enorme importancia, al solo efecto de mencionar algunas de ellas recordemos: a) ¿es posible -como ya se ha establecido en algunos Estados- que luego de la declaración de inconstitucionalidad de una ley pueda el Poder Legislativo insistir en su constitucionalidad a través de una mayoría calificada, o cinco jueces sobre cuatro pueden hablar en nombre de la Constitución con más autoridad que 2/3 o 3/4 de un Parlamento?; b) ¿cabe insistir en declaraciones de inconstitucionalidad para el caso o hay que reconocerle siempre efecto *erga omnes*?; c) ¿debe confeccionarse una lista de actos o decisiones de los otros Poderes que están sustraídas del control constitucional?; d) ¿es mejor en términos de equilibrio institucional un control de constitucionalidad en abstracto y *a priori*?; e) ¿debe suprimirse el recurso de amparo (Habermas) o restringirse sustancialmente?; f) ¿cabe mantener el Poder Judicial con su Corte Suprema y por otro lado el Tribunal Constitucional?; g) ¿control constitucional difuso o concentrado?; h) ¿es posible mantener la existencia de jueces que no pueden aplicar la Constitución?; i) ¿es real la distinción entre ley y Constitución?; j) ¿frente a la crisis actual del recurso de casación cómo hay que reformarlo?; k) ¿cabe mantener los Consejos de la Magistratura con las funciones actuales?; l) ¿la posibilidad que la Corte se pueda dirigir a las Comisiones parlamentarias requiriéndole que expliquen las razones de la falta de legislación? (Nino); m) ¿control democrático –*referéndum*– de declaraciones de inconstitucionalidad de una ley? (Carrió); etc. A pesar de la relevancia de las preguntas indicadas y de muchas otras, es visible la escasa atención que se le presta por parte de aquellas autoridades y académicos que deben enfrascarse en el debate para terminar formulando las reformas que sean necesarias a los fines de configurar instituciones que favorezcan el funcionamiento apropiado del Estado. Nuestro tiempo es de aquellos que requieren audacia, imaginación y realismo, pero sin embargo y desgraciadamente predomina la inercia, comodidad y ficción.

5.9. Más ética profesional en la función pública

La discrecionalidad es constitutiva de la tarea del gobernante y el poder con el que cuenta es una fuerte tentación si no es acompañada de una cierta conciencia ética. Por eso, desde campos muy diversos, hoy se vuelve a insistir en la ética aplicada y profesional; es que si como dice la sabiduría popular “hecha la ley, hecha la trampa”, cabe apostar no tanto o sólo al derecho sino procurar elegir autoridades que además de tener temor al derecho procuren

la excelencia permanente en sus funciones. La propuesta o imagen montesquiana del juez como “ser inanimado” es elocuente de lo que se pretendía de los jueces, pero la realidad de la jurisprudencia revela la discrecionalidad que acompañan a todos los jueces, y especialmente a aquellos que son la última palabra. Por eso hoy se ha reflexionado en particular sobre el perfil del juez, o sea qué idoneidades le exigimos, y está claro que no basta exigirle que sepa el derecho porque si tiene hábitos propios de corrupto o irresponsable es casi más peligroso, dado que va a contar con más alternativas para elegir. Entre las nuevas idoneidades judiciales se insiste con la “ética”, o sea, se procura elegir a aquéllos que tienen visibles estándares habituales de conductas que son los propios de un juez. Por supuesto que son los otros los que pueden juzgar sobre nuestra “calidad ética” en tanto constatan en nuestros comportamientos las notas de responsable, razonable, sincero, valiente, transparente, esforzado, etc., o por el contrario advierten que somos irresponsables, irrazonables, prepotentes, cobardes, tortuosos, acomodaticios, etc. Autores como Atienza⁵⁰ hablan explícitamente que las virtudes judiciales o el garantismo de Ferrajoli⁵¹ dependen en última instancia de la “deontología judicial”. Desde esa lógica han ido apareciendo en nuestras sociedades Códigos de Ética Judicial, que más allá de las exigencias jurídicas, pretenden convencer íntimamente al juez para que no sólo sea de un cierto modo, sino que esfuerce por aparecer así a los ojos de la sociedad, la que no tiene por qué soportar a alguien a quien le ha dado poder y le paga un sueldo pero que no le inspira confianza. También comienzan a delinirse para aquellos que son candidatos a jueces, procedimientos destinados a corroborar hábitos o actitudes éticas asumidas en los espacios sociales a los que concurren, y entonces, por ejemplo, se procura saber cómo trata a aquellos que trabajan para él, cómo se comporta con sus colegas en la Facultad o en el Colegio de Abogados, cuánto respeto a la ley ha observado habitualmente en la vía pública o en materia de impuestos, qué opinan sus vecinos o las autoridades del Colegio al que asisten sus hijos, cuánto compromiso en asociaciones intermedias ha tenido, cómo respeta las reglas que regulan las actividades en el club al que asiste, quiénes están dispuestos a avalarlo éticamente en una audiencia pública, etc. Esos Códigos que resultan ajenos a nuestra tradición legalista, pretenden ser un llamado al compromiso íntimo de los jueces para que en estos tiempos de crisis de autoridad, procuren ganar la confianza ciudadana no haciendo nada de aquello que la puede perturbar o suprimir. Es obvio que nadie está obligado a ser juez, pero si acepta debe asumirlo con sus beneficios y restricciones. Donde hay poder y discrecionalidad importa la opinión de aquellos que quedarán sometidos a esas decisiones, y en especial que tengan confianza en la eticidad de sus conductas. Recordemos que la Cumbre Judicial Iberoamericana, que integran las 23 Cortes Supremas de Ibero América, en el 2006 ha aprobado el Código Modelo de Ética Judicial para Ibero América que tuvo el honor de redactar junto a Manuel Atienza, y ahí en 13 principios éticos se ha intentando delinear aquel compromiso con la excelencia o con máximos que hoy pretende la sociedad de sus jueces.

5.10. Más y mejor capacitación judicial

En la visión decimonónica, para ser juez sólo se requería de una determinada edad y ciertos años de ejercicio de la profesión de abogado. Con el título se acreditaba que sabía el

⁵⁰ Cfr. Atienza, Manuel. *Cuestiones judiciales*. Fontamara, México, 2001.

⁵¹ Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Trotta, Madrid, 1995.

derecho y esto era lo único que debía buscarse en un juez. De esta manera, hace ya unos veintidós años nos convertimos en jueces, simplemente porque teníamos la edad y los años de ejercicio, y al otro día teníamos que empezar a dictar sentencias sin que nadie nos explicara absolutamente nada de la tarea judicial. Es obvio que la licenciatura en derecho se puede ejercer de distintas maneras, y una de ellas es precisamente la judicial, o sea alguien que es puesto por la sociedad con autoridad para que como tercero imparcial y en actitud dialógica, diga racionalmente desde todo el derecho vigente la solución justa para el caso. Este oficio, como cualquier otro, requiere de hábitos y métodos propios, que genéricamente podríamos reconocer como “prudencial-retórico” en tanto debe contar el juez con capacidad racional y razonable que le permita argumentar y contra argumentar, a partir de los pedidos de las partes y sus respectivas razones, y debe hacerlo persuasivamente en orden al caso que debe resolver. La importancia y especificidad de la capacitación judicial ha quedado receptada en el Estatuto del Juez Iberoamericano aprobado por la Cumbre Judicial Iberoamericana en el 2001, y ahí se contempla la “obligatoriedad” y “permanencia” de la misma, además de preverse la posibilidad de imponerla como una especie de sanción. Es indudable que no necesitamos convertir al juez en profesor ni tampoco debemos reproducir en la capacitación judicial lo que se enseña en nuestras Facultades de Derecho ni cómo se lo hace, pues lo que se pretende es que alguien adquiera los modos de operar con el derecho en orden a casos concretos. Esa lógica academicista promueve explícita o implícitamente un tipo de sentencias “eruditas” y “kilométricas” en donde abundan citas y desarrollos que intentan poner de manifiesto cuánta información tiene el juez, aunque muchas veces ella resulta oscura, redundante, incoherente o irrelevante para el caso. Pero no sólo debe enseñarse al juez a cumplir su oficio decisonal sino que también debe proveérsele de conocimientos vinculados con su función “gerencial”, pues es claro que el juez administrará de algún modo ciertos recursos materiales y humanos, debe organizar el tiempo y el trabajo, asignar las funciones en base a posibilidades personales que ofrecen sus empleados, saber cómo debe ejercer su poder disciplinario, etc. Por otro lado, es importante como herramienta de “política judicial” que los Poderes Judiciales tenga el control—aunque se puedan sumar otros sectores de la vida profesional— sobre los Centros de Capacitación Judicial, y que los cursos que se brinden en los mismos respondan a las necesidades efectivas de sus integrantes.

5.11. Mejor publicación del derecho vigente

Casi todos los Códigos civiles heredados de Francia contemplan en sus títulos preliminares una norma que establece dónde se publicarán las leyes y desde cuándo regirán, sin que pueda admitirse como excusa para su incumplimiento la ignorancia de las mismas. Esa presunción *jure et jure* no sólo enfrenta problemas muy serios en sí mismo sino encubre grandes dificultades, pero sobre todo nos parece que ha contribuido a no tomar conciencia de la importancia y complejidad que encierra la indispensable publicidad de todo el derecho si pretende obligar al destinatario. Por supuesto que es el ámbito de los Poderes Ejecutivo y Judicial donde se hace más patente aquella despreocupación por brindar la posibilidad del conocimiento oportuno y fácil de las normas que imponen deberes o prohibiciones. Precisamente resoluciones provenientes de la Administración central o descentralizada de enorme importancia cuentan con un más que deficitario canal de publicidad: la Jurisprudencia muchas veces se deja librada al esfuerzo comercial privado en cuanto a su efectiva difusión; el ámbito del derecho internacional o supranacional es casi esotérico, al que acceden ciertos privilegiados; no queda claro doctrinariamente cómo se acredita el

conocimiento de una costumbre jurídica; los Municipios y Comunas no revelan gran preocupación por la publicidad de sus Ordenanzas o normas jurídicas; etc. Una sociedad cada vez más madura y democrática será menos tolerante con el ocultamiento o dificultades que se le pone a la hora de pretender conocer sus derechos y deberes. Ya la filosofía jurídica clásica reconocía como la causa formal de la ley su promulgación dado que no se puede pretender que obligue y acarree sanciones el incumplimiento de aquello que los destinatarios no pueden conocer o sólo lo logran superando grandes dificultades u obstáculos. Los medios informáticos brindan hoy un medio poderoso y fácil para hacer circular información, y por eso es imprescindible que el tema de la publicidad de todo el derecho vigente, y no sólo la ley, sea asumido con la importancia que se merece.

5.12. Una cultura jurídica premial

Ha llamado la atención Bobbio⁵² que el derecho tradicional recurre exclusivamente a la sanción negativa que le hace padecer un daño al que incumplió la norma jurídica. Así los juristas se acostumbran a una mirada hacia atrás a los fines de descubrir cuáles conductas han infringido la ley para así imponerle al infractor la pena respectiva. Por eso el maestro italiano ha propuesto recuperar para el derecho una función preventiva y premial que aliente el cumplimiento voluntario a través de beneficios o premios. Una sociedad no sólo debe contar con cárceles o sanciones para los que conspiran contra la convivencia y armonía social, sino que debe alentar las buenas conductas sociales a través de modelos o paradigmas que se constituyen en dignos de reconocimiento social. Es importante promover esta pedagogía que recurre a poner de relieve o destacar a aquellos que en sus respectivos ámbitos profesionales han encarnado la excelencia en el servicio. La filosofía política clásica enseñaba que el premio para el buen gobernante era la amistad (el respeto o reconocimiento) de los ciudadanos, por eso nos parece también importante para el campo de las profesiones jurídicas comenzar con esa galería de los que merecen el aprecio ciudadano por lo que han hecho a lo largo de su vida. En el mundo anglosajón siempre más cercano al pensamiento clásico o pre-revolucionario, está más extendido poner de relieve mediante reconocimientos *ad hoc* a aquellos que en los diversos ámbitos de la vida social o profesional se han destacado y que pueden ser ejemplos a imitar; así se atreven a proponer la nómina de los diez mejores jueces en la historia de EE.UU. En síntesis, en nuestras sociedades descreídas de la autoridad y atentas a todo lo que merece reproche y crítica, es importante que se recupere la confianza en la misma, y a ese respecto la técnica premial es apropiada, por supuesto en la medida que ella se instrumente de manera transparente y participativa.

5.13. *Self-restraint* judicial

De mil maneras los teóricos en general y los constitucionalistas en particular, especialmente del mundo anglosajón, insisten sobre la importancia del autocontrol de aquellos que ejercen el control jurisdiccional de constitucionalidad. Se trata de un concepto eminente operativo aunque difícil de precisar, pero que sin embargo ha generado una gran cantidad de reflexión y debate, y sobre el cual es de todas maneras importante que los jueces lo

⁵² Cfr. mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, y su 2da. Edición. *Ob. cit.*

tengan en cuenta como una pieza clave de su función. De ese modo, elementos importantes en este terreno del *self-restraint* son por ejemplo: a) ¿qué valor tiene el precedente por sobre opiniones personales y cuándo procede su cambio?; b) la distinción entre argumento “*obiter dicta*” y considerando propiamente dicho o “*ratio decidendi*”; c) ¿cuándo el legislador ha optado por una interpretación tolerada por la Constitución aunque no sea la mejor a juicio del controlador?; d) ¿qué significa que la declaración de inconstitucionalidad es la *última ratio*?; etc. Somos conscientes de que muchas de estas preguntas están implícitas en otras de las prevenciones ya dadas, pero dado que el “*self-restraint*” tiene una entidad propia en la interpretación constitucional optamos por este tratamiento diferenciado. En definitiva, una conciencia del auto-control es muy importante y trascendente para la tarea de jurisprudencia, por ello los jueces deben tener la oportunidad de reflexionar y discutir al respecto confrontando opiniones a partir –especialmente– de la jurisprudencia constitucional nacional y comparada.

5.14. El pluralismo y sus límites

En el marco de una sociedad democrática y pluralista, por supuesto que caben distintas cosmovisiones, más aún, ello es un signo de vitalidad y riqueza la existencia de esa variedad de perspectivas. En este punto importa promover políticas que promuevan espacios de diálogo racional donde las posibilidades que ofrecen los medios de comunicación social resultan de enorme importancia. Enseñan al respecto las éticas del diálogo, que debe darse no sólo libertad, sinceridad y pretensión de veracidad entre los interlocutores sino especialmente igualdad, y la experiencia confirma que donde se clausura irracionalmente la puerta a la racionalidad se abre una ventana para que entre la reacción irracional. Pero el problema es acerca de los límites de ese pluralismo, o sea si hay algunos puntos de vista que resultan intolerables. Precisamente Ernesto Garzón Valdés ha reflexionado sobre esos límites llegando a sostener: “La tolerancia indiscriminada, la tolerancia pura, sin limitaciones, la tolerancia de toda forma de vida, termina negándose a sí misma y, en su versión más radical, equivale a la eliminación de toda regulación del comportamiento humano. Por ello conviene distinguir entre la tolerancia sensata y la insensata”,⁵³ y una de las claves de esta distinción que permite reconocer la legitimidad moral de una forma de vida es que ella respete y garantice a todos los individuos que la practiquen, la posibilidad de satisfacer sus intereses primarios, o sea los que están vinculados con sus necesidades primarias básicas, pues el problema en términos de la estructura jurídica es encontrar formas de participación y de interrelación abierta que permita a cada comunidad el acceso a los beneficios de la sociedad nacional, y para ello el punto de partida es el reconocimiento de los derechos fundamentales. El problema del pluralismo y la tolerancia es de una importancia creciente, y atento al papel que desempeñan los tribunales constitucionales en esa materia resulta imprescindible incorporarlo a su agenda, incluso resultando procedente la vinculación de la integración de los mismos en relación con ese pluralismo social.

⁵³ Garzón Valdés, Ernesto. *Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural*. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2001, p. 16.

5.15. La recuperación del Estado y sus competencias

En los ritmos cambiantes del tiempo hemos vivido en nuestro continente, en la década del '90, una asimilación del Estado a corrupción, ineficiencia, totalitarismo e innecesariedad; incluso existen usinas que por motivos de intereses y no íntimo convencimiento racional mantienen aquella propuesta con pretensiones de una verdad revelada apelando a las “manos invisibles” del mercado capaces de generar el más perfecto orden. Por supuesto que es legítima la opción de alentar un Estado mínimo y procurar con las armas de la democracia la instalación del mismo con el respectivo desguace del anterior. Más allá de que la experiencia latinoamericana confirma muchos de los vicios que ideológicamente se le atribuyen al Estado, ello se explica por razones contingentes culturales o personales pero no resulta algo necesario ni forzoso como lo demuestran otras experiencias comparadas. En sintonía con la filosofía clásica, John Finnis⁵⁴ no duda en insistir que “el caso central de derecho y de sistema jurídico es el derecho y el sistema jurídico de una comunidad completa”, o sea de lo que llamamos Estado en tanto comunidad política que pretende ser completa y autosuficiente procurando “asegurar el conjunto total de condiciones materiales y de otro tipo, incluyendo formas de colaboración, que tiendan a favorecer, facilitar y fomentar que cada individuo haga realidad su desarrollo personal”. El antiguo profesor de Oxford incluye entre las exigencias de la razonabilidad práctica a las exigencias del bien común, y precisamente para resolver los problemas de interacción y coordinación en una comunidad, no hay dos alternativas: unanimidad o autoridad (el intercambio de promesas es una variante de la unanimidad), por eso la perspectiva finnisiana reivindica a la autoridad como “un bien” en tanto que ella ser requiere no sólo por egoísmo, malicia o incompetencia sino incluso cuando “mayor es la inteligencia y la habilidad de los miembros de un grupo”. Insiste Nino en identificar al derecho con una práctica colectiva destinada a cumplir “dos funciones sociales primarias: superar conflictos y facilitar la cooperación”.⁵⁵ Alexy, luego de reconocer una preferencia *prima facie* de los derechos individuales sobre los bienes colectivos, abre la posibilidad de una conclusión inversa frente al supuesto de mayores razones a favor de esos últimos. “Ni Estado abstencionista ni mera subsidiariedad del Estado” —concluye Zagrebelsky⁵⁶— para proponer el compromiso del Estado en la realización de los principios de justicia frente a la capacidad agresiva de los derechos-voluntad, especialmente en el campo de los derechos económico y bienes sociales como la vida, la salud y el medio ambiente. En definitiva, un Estado que se niega a ser mero espectador en la distribución de bienes sociales y defina una estrategia política-institucional nos remite también a una discusión que debe encuadrarse en el ámbito de la misma Constitución como una decisión fundamental. La aludida experiencia norteamericana entre Roosevelt y la Corte Suprema con motivo del *New Deal* es un buen antecedente de esa dimensión ineludiblemente política que tiene el control jurisdiccional de constitucionalidad.

⁵⁴ Cfr. mi libro *El iusnaturalismo actual (de M. Villey a J. Finnis)*, Fontamara, México, 2003.

⁵⁵ Nino, Carlos Santiago. *Derecho, Moral y Política*. Ariel, Barcelona, 1994, p. 148.

⁵⁶ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ob. cit. p. 99.

6. Conclusión

Nos interesa insistir en que estamos decididamente a favor del Estado de Derecho constitucional, pero no podemos silenciar que el proceso desencadenado por el mismo nos genera diversas inquietudes, que pensamos resulta imprescindible prestarles atención en orden a procurar su control, introduciendo los cambios o rectificaciones que estimemos apropiadas. Coincidimos con aquellos que hablan de una profunda crisis y, por ende, de una etapa fundacional en muchas instituciones, aunque rechazamos dogmáticas cronofobias o cronolatrías, y sospechamos de los rótulos fáciles. Nos parece advertir por momentos una inercia cargada de automatismo e irracionalidad que nunca será buena consejera, además de implicar una falta de responsabilidad profesional de aquellos que tienen el compromiso social de velar por las mejores instituciones. La experiencia europea y la nuestra en Latinoamérica puede ser una fuente muy importante para ese análisis crítico y comprometido. Los autores neoconstitucionalistas son una cita forzosa en aquel debate, más allá de coincidencias o disidencias. En todos los casos el camino será el debate racional pensando con la mayor sinceridad posible en lo mejor para la sociedad a la que nos debemos los que tenemos responsabilidad académica y judicial.