

Sobre el Neoconstitucionalismo

DRA. LUCÍA MARÍA ASEFF
Jueza de la Cámara de Apelación
en lo Laboral, Sala II
Rosario

El tema que habré de abordar ha sido abundantemente transitado en los últimos años por diversos autores, tanto de nuestro país como del extranjero -en este caso, sobre todo, por europeos y latinoamericanos- por lo que la bibliografía existente puede tornarse inabarcable. Es por ello que, sin agotar la lista, he seleccionado aquellos que por su claridad expositiva o por sus filosas críticas me han parecido más adecuados para un artículo de estas características, cuya finalidad es describir esta corriente de pensamiento, mediante la difusión de sus notas principales y de los cuestionamientos que ha suscitado, a fin de proporcionar una idea lo más aproximada posible acerca de lo que actualmente puede entenderse por neoconstitucionalismo (en adelante, NC).

Siguiendo estos lineamientos me limitaré a hacer una presentación del tema y de su estado actual, sin dejar de tener en cuenta el horizonte de crisis económica y política insoslayable que ya se ha presentado en algunos países europeos -donde esta nueva visión del derecho naciera hace ya bastante tiempo, antes de expandirse a otros países y a otros dominios del saber jurídico- puesto que

considero que este horizonte habrá de influir decisivamente sobre la efectiva aplicación de sus postulados.

Sabido es que en las últimas décadas se han producido en el ámbito jurídico dos importantes cambios relacionados entre sí, ya que -recíprocamente- el uno sustenta y favorece al otro, al decir de Paolo Comanducci: un cambio estructural, consistente en la «*constitucionalización*» del derecho, y un cambio doctrinal, que es la afirmación del «*neoconstitucionalismo*», con origen en los ordenamientos jurídicos de los principales países de la Europa continental (Alemania, Francia, Italia y España) y a partir, sobre todo, de la actividad de sus respectivos Tribunales Constitucionales, conformándose una escuela de pensamiento que posteriormente se fue extendiendo a algunos países latinoamericanos mediante un proceso que, forzoso es aclararlo, reconoce distintos grados, en virtud del cual el derecho está «impregnado», «saturado» o «embebido» por la Constitución, condicionando la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Comanducci, que es considerado incluso como uno de los forjadores del término NC, hace, en

el trabajo citado en la bibliografía, una presentación del tema, replicando en forma analógica, aunque un tanto forzadamente -como él mismo lo reconoce-, calificando María Ángeles Ahumada, por su parte, a esta analogía como «perfectamente exótica», y la clásica tripartición de Norberto Bobbio sobre positivismo teórico, metodológico e ideológico, además de formular otras consideraciones de auténtico interés que sin embargo no habré de reproducir aquí por exceder los límites de este trabajo, limitándome solamente a dar cuenta de su existencia para quien desee internarse más profundamente en este tema.

Tanta es la penetración que ha tenido el NC, incluso en nuestro país, que actualmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, reflejando, a mi criterio, implícitamente esta tendencia, obra, en los hechos, a la manera de un Tribunal Constitucional, tal como agudamente lo señalara el destacado colega de la ciudad de Córdoba, Dr. César Arese cuando nos visitara en el mes de abril de este año para dar inicio al 4º período de nuestro Taller de Jueces Laborales, quien no hesita en adjudicarle a este tribunal una actitud legisferante por cuanto selecciona los temas a los que decide avocarse en razón de la trascendencia de los derechos afectados, resuelve teniendo en cuenta la diversidad de fuentes que derivan de este modelo, ejerciendo no sólo el control de constitucionalidad sino

también el de convencionalidad, y en una actitud por cierto novedosa -que algunos critican pero la mayoría aprueba- desborda los límites tradicionales del rol que la Constitución y la historia institucional del país le asignaran, convocando, por ejemplo, a asambleas públicas de gobernantes y gobernados, admitiendo las acciones de clase y expresando sugerencias que algunos interpretan como directivas -por decirlo de algún modo- tanto a los legisladores como a la administración del Estado, requiriendo la solución de algunos problemas por las vías institucionales que a estos poderes corresponden, poniendo de manifiesto, precisamente, la inadecuación o insuficiencia de la normativa proveniente del derecho interno que inicialmente debe aplicar a quienes reclaman por la afectación de sus derechos.

Sin asumirlo en forma expresa, resulta claro que ello deriva de esta nueva tendencia ligada al «constitucionalismo de los derechos» y que nuestra CSJN la practica transitando caminos, sin duda, novedosos.

Pues bien, esta nueva tendencia -ya no tan nueva, en rigor- es la que me propongo describir en este texto, intentando presentar sus notas esenciales pero alertando a los lectores sobre la diversidad de opiniones y caracterizaciones que ha suscitado en propios y ajenos, porque como dice Ahumada en el artículo cita-

do en la bibliografía -que especialmente recomiendo- quienes se han ocupado fundamentalmente del tema hemos sido los cultores de la filosofía y la teoría general del derecho, no pareciendo cosa de azar, a su modo de ver, que no aparezcan en la nómina de los referentes del NC ni constitucionalistas (salvo el caso puntual de Gustavo Zagrebelsky, pero a través de una obra atípica como *Il diritto mitte*), ni politólogos ni historiadores, sin dejar de tener en cuenta, además, que se trata de una escuela que alienta un tipo de constitucionalismo fuertemente judicialista y judicializado, fundamentalista en materia de definiciones de derecho, y más o menos abiertamente desconfiado del principio de la mayoría, amparando bajo este nombre una variedad de racionalizaciones post hoc de prácticas constitucionales del presente -lo que sí nos concierne, y mucho- en la medida en que los sistemas jurídicos crecen en complejidad y los jueces hemos dejado de ser actores secundarios en el proceso legal para asumir un papel más activo en la solución de los conflictos que se someten a nuestra decisión.

El NC propone a los juristas un modelo de Estado y de Derecho más «moderno», caracterizado como Estado Constitucional y Democrático de Derecho, en oposición al Estado de Derecho legalista o legislativo, que fue el dominante en el modelo liberal decimonónico y es el que, como jueces, más hemos transitado.

Mientras el constitucionalismo clásico ha sido, sobre todo, una ideología dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales o derechos fundamentales, que en sus orígenes estuvieron ligados al jusnaturalismo pero comenzaron a positivizarse a partir de fines del siglo XVIII, completando este proceso durante el siglo XIX y parte del XX, ello trajo como resultado que el positivismo fuera la teoría hegemónica del derecho durante todo ese período de tiempo, frente a lo cual Comanducci afirma, sin embargo, que esta nueva doctrina nunca intentó desplazar a la hegemonía positivista, puesto que «el NC no se presenta sólo como una ideología y su correlativa metodología, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista».

Esta nueva visión, que todavía nos es contemporánea y comienza a plasmarse a partir de la sanción de algunas constituciones europeas luego de finalizada la 2ª guerra mundial, como sucedió en Italia en 1947 y en Alemania en 1949, y en ocasiones también varios años después, como aconteció con Grecia en 1975, Portugal en 1976 y España en 1978, se presenta – no casualmente, a mi criterio – en países que habían atravesado largos períodos de autoritarismo estatal, donde había imperado la vigencia de una legalidad formal incuestionable que, sin embargo, no había impedido que se produjeran las consecuencias nefastas por

todos conocidas, desde el genocidio del pueblo judío hasta los crímenes del franquismo, cometidos en todos los casos por los propios aparatos estatales – en guerras externas o internas, que desgraciadamente todavía se siguen produciendo en otras partes del mundo – tratándose de experiencias que de algún modo tornaban auspicioso el retorno de los valores a la consideración del concepto de derecho y, con ello, a posturas neo jusnaturalistas, como si cierto legalismo formalista hubiera sido, en parte, el culpable de estos hechos que, en rigor, no pueden ser considerados sino como anomalías del Estado de Derecho, sin que por ello resulte justificado atribuirle el ser causante de tales efectos.

Sin embargo, otros autores que se han ocupado del NC lo presentan como una teoría antes alternativa que concurrente con la teoría positivista tradicional –aunque siempre cercana al positivismo– pudiendo mencionarse dentro de esta postura, aun con sus particulares enfoques y sin que esta ubicación resulte pacíficamente aceptada, a doctrinarios como Luigi Ferrajoli o Luis Prieto Sanchís, que se han ocupado de la incidencia del NC en la teoría del derecho, postura que para otros aparece como insostenible a la luz de la actual configuración de los sistemas jurídicos, puesto que siguen persistiendo en forma predominante sus rasgos de derecho estatal, legalista y de formalismo interpretativo, más allá de

que sin duda algunas cosas están cambiando, sobre todo en el ámbito de la interpretación, porque esta Era «de los derechos» o «del Constitucionalismo Mundial» está marcada por el retorno –más explícito, claro está– de la política al Derecho, en el que un Estado naturalmente activista e interventor pretende asegurar resultados antes que detenerse a establecer procedimientos.

Y están cambiando no sólo por la presencia de teorías como la aquí analizada, sino también por el peso que los instrumentos del derecho internacional ha ido adquiriendo en el derecho interno de diversos países, incluido el nuestro, desde ya, sobre todo a partir de la reforma constitucional de 1994, sobre la que no es necesario abundar por ser ampliamente conocida; de tal modo que los jueces no estamos obligados solamente a practicar sobre los casos sometidos a nuestra decisión el control de constitucionalidad que la ley fundamental nos asigna, sino también –como antes señalé al referirme a la CSJN– el control convencionalista, cuya aplicación es relativamente nueva y refiere a los convenios y tratados internacionales, así como a los fallos de los tribunales supra estatales creados por ellos. Esta concepción ha tenido una marcada influencia, sobre todo en causas penales, a partir del juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos por civiles y militares durante la tenebrosa noche del proceso (1976-1983),

pero que luego se ha ido extendiendo a otros ámbitos del derecho.

Es así que se propugna no sólo la fuerza normativa y no meramente programática de la Constitución, sobre todo en algunas de sus directivas, su preeminencia y la de los tratados internacionales, con igual jerarquía –que es lo que permite pensar a esta corriente como una versión moderna o alternativa al positivismo jurídico tradicional, que, al menos teóricamente, no se opondría frontalmente, más bien iría en su auxilio, a fin de flexibilizar sus rasgos más rígidos- sino que se privilegia y legitima la labor jurisdiccional si está destinada a asegurar la supremacía de sus preceptos, aunque mediante su aplicación se pueda llegar a desplazar la ley nacional estatal.

En tal sentido resulta esclarecedor el artículo de Rodríguez Bertoni citado en la bibliografía, que se refiere al fallo «Casal, Matías y otro s/ Robo simple en grado de tentativa», Causa 1861 del 20.09.05, analizando las conclusiones que a Gustavo Zagrebelsky le suscitara esta causa. Tras una breve historia del recurso de casación – seguramente de mayor interés para los penalistas que para los cultores de otras ramas del derecho – esta autora afirma que se advierte en el razonamiento judicial la diferenciación de los derechos respecto de la ley, o sea entre la ley como regla establecida por el legislador y los Derechos Humanos (DDHH) como preten-

siones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley, lo que sin duda implica un giro cuasi copernicano en la labor jurisdiccional para quienes opten por esta alternativa, o sea la del pasaje del Derecho por regla al Derecho por principios, puesto que permite exigir a la labor jurisdiccional que haga concordar la regla legal con los principios constitucionales del caso, concretando las garantías que éstos aseguran.

En las vertientes no positivistas del NC se encuentran Robert Alexy, Ronald Dworkin y Gustavo Zagrebelsky, quienes por su filiación más cercana al jusnaturalismo afirman la existencia de una conexión necesaria entre el Derecho y la moral, defendiendo una suerte de «lectura moral» de la Constitución, lo cual deriva en una obligación más marcada de tener que obedecer sus reglas, en virtud de la cual el NC no sería solamente una teoría descriptiva del Derecho sino también normativa, postulado que también Ferrajoli suscribe y conduce a considerar la «politicidad» de la ciencia jurídica, tratándose de un tema que los críticos hemos transitado intensamente, sobre el que no habré de abundar en esta presentación. A Dworkin, el NC le debe la reconstrucción del sistema jurídico formulada en oposición a la de Hart y los fundamentos de la decisión judicial correcta, aun en los casos difíciles; y a Alexy, su reelaboración y síntesis del «método» que venía

siendo empleado por algunos tribunales constitucionales y, paradigmáticamente, el alemán –que no es otro que el de la *ponderación*, que abordaré más adelante- para presentar sus decisiones en los casos de conflictos entre principios o derechos constitucionales como resultado de una apreciación objetiva, antes que como preferencias legítimas y argumentadas, del que tiene la última palabra.

Este giro implica no atenerse rígidamente al clásico modelo de subsunción que, mediante un procedimiento silogístico proponía una interpretación técnicamente neutral de la ley – o que al menos aparecía teóricamente revestida de tal apariencia - para pasar a otro donde la ponderación del caso y el principio de razonabilidad permitirían al intérprete esta adaptación al esquema constitucional, aun si al hacerlo debiera apartarse en todo o en parte de la regla estatal. A la manera de T. Viewegh y su teoría de la tópica jurídica – alumbrada en la mitad del siglo pasado, pero con claras referencias a Aristóteles, Cicerón y Vico – se propone que el proceso de interpretación del derecho comience en el caso, en tanto acontecimiento problemático que demanda ser resuelto en términos jurídicos, para ir desde el caso a la regla y viceversa, en un movimiento de ida y vuelta que pueda lograr conciliar las exigencias de la justicia del caso con las pretensiones de la regla.

Y las exigencias del caso no son otras, en esencia, que las de hacer cumplir los derechos y garantías que la Constitución consagra, resolviéndolo con justicia más allá de las formalidades propias de una concepción extremadamente legalista como lo era la decimonónica -en gran medida todavía imperante- porque generalmente el NC asume un modelo no descriptivo sino axiológico de la Constitución y, por ende, normativo -como antes señalé- a partir del cual subraya la exigencia dirigida tanto a jueces como a legisladores de que sus actividades estén dirigidas a concretar el ejercicio y garantía de los derechos fundamentales que contiene.

Es obvio que mediante la incorporación de este catálogo de derechos fundamentales esta concepción impacta no sólo en la interpretación y aplicación de la ley sino también en el sistema de fuentes, que se multiplica y diversifica a un extremo tal que no siempre resulta una tarea sencilla identificarlas en relación con el caso sometido a nuestra decisión. Habida cuenta de que hay fallos -tanto de instancias inferiores como superiores- frente a los cuales nos encontramos con una abundante y hasta excesiva cita de artículos y tratados que por su generalidad no siempre resultan estrictamente aplicables al caso, al menos no en la especificidad adecuada.

Si las primeras Constituciones -entre ellas la de 1787 de Estados Unidos, que

inspiró la nuestra de 1853- afianzaban la supremacía del legislador sobre el juez mediante el control de constitucionalidad difuso que se otorgaba a los magistrados, control que hasta el presente se sigue ejerciendo y sólo inhibe la aplicación de la norma en casos excepcionales (o al menos así se declama) y con alcance sólo para el caso, o sea individual, concepción que se afianza con el dictado del Código Napoleón y la destacada influencia de la escuela de la exégesis en nuestra disciplina, que con intensidad diversa atraviesa todo el siglo XIX y propone al juez como una figura aséptica, apolítica y ajena a toda influencia externa, concebido como la mera «boca de la ley» y descartando todo acto de creación normativa, el NC prácticamente invierte esta ecuación otorgando al juez poderes que nunca estuvieron en la mente del legislador de las primeras constituciones dictadas en el Estado moderno.

Sobre la función creativa del juez nos van a ilustrar en sus textos clásicos, ya en el siglo XX pero bastante antes de la aparición de esta escuela, destacados jusfilósofos como Hans Kelsen, cuando en la «*Teoría Pura del Derecho*» se refiere a la norma como un marco abierto a varias posibilidades, a la interpretación como un acto de voluntad antes que de conocimiento y a la «ilusoria seguridad jurídica», o Alf Ross - autor danés que fue su discípulo, a quien he citado reiteradamente en estas cuestiones - cuando

en su obra «*Sobre el derecho y la justicia*», al abordar el tema de la interpretación alude a la labor creativa del juez, posición que encuentro bastante más realista y ajustada a lo que sucede de hecho, que la que plantea el NC y algunos de sus cultores.

Es así que, al referirse a los factores pragmáticos y a la técnica de argumentación en la administración de justicia, explica que el juez generalmente trata de hacer ver que ha llegado a su decisión objetivamente y sólo está determinada por el motivo de la obediencia al derecho en combinación con una captación racional del significado de la ley, sin admitir el carácter constructivo que muchas veces tiene su interpretación, para sostener la ficción -que intenta desmontar- que la administración de justicia es una simple deducción lógica a partir de reglas jurídicas, sin ninguna valoración de su parte.

Dicho esto mucho antes de que el NC asomara en el horizonte de la reflexión jurídica o que la ponderación apareciera como un instrumento providencial y supuestamente novedoso en la labor del juez, porque aunque Ross no se refiera en su libro a la actividad creadora del juez utilizando ese término, es claro que estamos en presencia de apreciaciones muy similares.

«Por lo común -dice Ross- el juez no admite que su interpretación tiene ese ca-

rácter constructivo, sino que mediante una técnica de argumentación, intenta hacer ver que ha llegado a su decisión objetivamente y que ésta se halla comprendida por el «significado de la ley» o por «la intención del legislador», a fin de preservar esa imagen en virtud de la cual sólo «conforma derecho». Ahora bien, «el secreto de estas técnicas de argumentación consiste en que no hay criterio que indique qué regla de interpretación ha de usarse... son recursos que forman parte del equipo de cualquier jurista experimentado. El tiene que saber cómo *justificar* técnicamente, mediante argumentos interpretativos, la solución jurídica que considera «justa» o deseable. Pero sería un error aceptar los argumentos técnicos como si fueran las razones verdaderas. Estas deben ser buscadas en la conciencia jurídica del juez o en los intereses defendidos por el abogado», afirma, teniendo en cuenta que las teorías positivistas ocultan la actividad político-jurídica del juez, porque la «lógica inmanente» al sistema que subrayan no deja de ser una ilusión.

Es que «La «razón jurídica» inmanente o la regla de derecho misma no pueden ser separadas del propósito práctico que se encuentra fuera de ellas, ni las «consecuencias formales» pueden ser separadas de un ajuste valorativo de las reglas en relación con los valores presupuestos».

Siendo un conspicuo empirista de cuño realista, arriba a estas conclusiones par-

tiendo de una doctrina descriptiva antes que normativa de la doctrina del método jurídico por excelencia, que es el de la interpretación –en posición contraria, como antes señalaba, a quienes ven en el NC una teoría normativa- y también de la premisa de que los factores pragmáticos en la administración de justicia son consideraciones basadas en una valoración de la razonabilidad práctica del resultado, apreciado en relación con ciertas valoraciones fundamentales presupuestas, donde se pone de manifiesto la ideología que - en sentido amplio - de hecho, guía a los jueces en su aplicación de las reglas generales a casos específicos. Es por ello que la función de los métodos de interpretación es establecer límites a la libertad del juez en la administración de justicia, determinando el área de soluciones justificables.

Que a la *ponderación* como método le sumemos como sustancia el contenido de los DDHH considerados como esenciales, consagrados en las constituciones entendidas como instrumentos predominantemente axiológicos, nos coloca, sin duda, ante otra situación -ausente cuando Kelsen y Ross elaboraban sus teorías- pero, en rigor, no se trata de un vino demasiado nuevo aunque venga envasado en odres que sí aparentan serlo.

Lo destacable, a mi criterio, es que con el NC estamos frente a otra expresión de la concepción del Derecho –particular-

mente lo comparto- que lo entiende como formando parte del dominio de la razón práctica, en tanto técnica orientada a la solución de conflictos, pero sin que pueda afirmarse sin ambages que constituye una alternativa igualmente positivista al positivismo clásico, puesto que en la amplitud de criterios con que se maneja y en las posibilidades que le da al juez de fundar sus disidencias mediante la argumentación y la ponderación de otras razones -aunque no sean estrictamente las legales- puede colocarse igualmente cerca, tanto de una visión jusnaturalista como crítica del derecho, como también de una positivista, dependiendo del caso sometido a su decisión y de la ideología del juez.

Es tanto el peso que ha adquirido este nuevo paradigma, que actualmente encontramos autores como Habermas o Ferrajoli quienes, advirtiendo en la globalización un vacío de derecho público, postulan un «*constitucionalismo mundial*», que sería la ampliación o extensión del NC a las relaciones internacionales.

La situación post guerra anteriormente descrita fue propicia, entonces, para alumbrar esta difusa y versátil doctrina que, si bien -como antes dije- para algunos resulta ser el positivismo jurídico de nuestros días, para otros ha significado un retorno encubierto del jusnaturalismo, no siempre confesional, a menudo renovado, *aggionardo* a los nuevos tiempos con algunas aristas por cier-

to controversiales que me ha parecido importante abordar, porque esta teoría asigna a los jueces un papel en extremo preponderante y nos hace poseedores de una especialísima herramienta que define e identifica nuestra actividad: la tan mentada *ponderación*.

Para Bruno Celano, según lo explica Graciela Barranco de Busaniche en el excelente artículo que cito en la bibliografía, la ponderación designa un vacío antes que un método de resolución de conflictos; expresa una metáfora, la del «peso» de las razones en oposición y su balanceo, siendo el nombre más de una dificultad o de una incógnita antes que de un procedimiento de decisión racional, que no alcanza a eliminar el elemento intuitivo y prudencial del razonamiento práctico. También hace allí una interesante síntesis de los rasgos graduables de constitucionalización más salientes, que Ricardo Guastini ha advertido en este modelo en su artículo «*La constitucionalización del ordenamiento jurídico*», publicado en la obra colectiva de Carbonell, M. «*Neoconstitucionalismo*» (Trotta, Madrid, 2003).

Volviendo a la relevancia y las críticas que ha recibido este delicado tema de la ponderación, es de decir que razones de esta índole son las que han llevado a que autores como Scarpelli o Tarello hayan sostenido que el recurso sobreabundante a la interpretación adaptativa de la

Constitución termina transformando al Derecho en un «derecho de los jueces», basado en principios, con los evidentes riesgos que ello conlleva al otorgarles un poder discrecional excesivamente amplio, porque no se puede dejar de considerar -dice la autora antes citada- que de alguna manera el contenido ético del Estado Constitucional y Democrático de Derecho es un artefacto cultural, fruto de un proceso de estratificación y sedimentación de una pluralidad de teorías, doctrinas y distintas concepciones sobre los derechos, y que la interpretación no deja de ser una lucha por el texto, aunque sujeta a criterios de corrección cuya objetividad estaría dada por el ejercicio de una práctica discursiva sometida a discusión racional, como lo proponen las teorías de la argumentación jurídica.

O -como decimos los críticos y explico en mi obra «*Argumentación Jurídica y Semiosis Social*» -donde debe tenerse en cuenta la relación entre los textos legales y el contexto en que se aplican, centrando nuestra atención en la semiosis social entendida como producción de sentido a partir de los elementos que brindan la sociología y la lingüística, como lo señalara Eliseo Verón en su obra «*La semiosis social*» (Ed. Gedisa, Buenos Aires, 1996). Porque leer un texto tomando en cuenta la noción de discurso- y la Constitución es un texto esencial en todo ordenamiento jurídico -significa interpretarlo en relación con otros dis-

cursos, dado que se puede encontrar en él una multiplicidad de huellas (de valoración, de interpretación, ideológicas, culturales, económicas, entre otras) que las condiciones de producción han dejado impresas y que aparecerán bajo otras formas generando, posiblemente, nuevos contenidos si, desde una visión integral del sistema productivo de sentido social podemos desentrañar la articulación entre producción, circulación y consumo a partir del análisis del conjunto de determinaciones sociales que han marcado ese discurso, porque «*La historia de un texto o de un conjunto de ellos consiste en un proceso de alteraciones sistemáticas a lo largo del tiempo histórico del sistema de relaciones entre «gramáticas» de producción y «gramáticas» de reconocimiento*», *atendiendo a la época en que fueron producidos, circularon y se «consumieron*», sobre todo si ese proceso se desarrolló en distintas geografías y tiempos históricos y culturales también diversos.

Juan Antonio García Amado, distinguido catedrático y jurfilósofo de la Universidad de León, España, partidario de un positivismo crítico que no desdeña los valores a la hora de reflexionar sobre el Derecho, cuyas consideraciones sobre el NC, en lo sustancial, seguidamente transcribiré -aunque no comparta a todas- ha señalado algunas cuestiones que he considerado insoslayables para comprender los alcances y los límites de esta teoría,

porque problematiza sus postulados, en la medida en que sostiene que esta corriente de pensamiento impulsa un judicialismo que subvierte la relación entre los poderes constitucionales, poniendo en jaque el principio democrático y la soberanía popular, partiendo de lo que llama «el complejo académico-judicial, que, desde su afán de excelencia ética y de elitismo político, pretende suplantar los dictados de un pueblo que las constituciones dicen soberano pero que es tenido por incapaz... de calar en esos contenidos morales que formarían los cimientos de las constituciones y en los que sólo logran penetrar con propiedad los profesores y los jueces de las más altas cortes», sosteniendo asimismo que el positivismo jurídico decimonónico y el NC actual son extremos que se tocan y se combaten en razón de su semejanza estructural y similares pretensiones políticas, donde el primero de ellos tomaba como axioma la idea del legislador racional, mientras que el NC adopta con similar convicción el del juez racional, al que se le exige más bien un determinado contenido en sus fallos, sin que importe la argumentación que los fundamente aunque sea deficiente y esté plagada de inferencias erróneas, sofismas y paralogramos.

Advirtiendo sobre los riesgos y deformaciones del NC sostiene -en una visión tan crítica como ácida pero lúcida- que se trata de una corriente u orientación doctrinal de perfiles un tanto difusos, lo

que no impide en el presente se pueda hablar de un «*canon neoconstitucional*» que definiría el modelo pleno o radical de esta corriente. Y lo hace mediante la enumeración de diez notas definitorias que, aclara, aunque no siempre aparezcan juntas en toda su pureza o rotundidad, son las que determinan que una doctrina se ciña más al modelo del NC cuanto más de estas notas reúna, que son las siguientes:

1. La existencia en las constituciones contemporáneas de **cláusulas de derechos fundamentales y mecanismos para su efectiva garantía**, así como de **cláusulas de carácter valorativo** cuya estructura y forma de obligar y aplicarse es distinta de la de las «reglas».
2. La presencia de estas normas que conforman la **constitución material o axiológica**, implica que las constituciones tienen su pilar básico en un determinado **orden de valores, de carácter objetivo**, tal como en 1958 definió el Tribunal Constitucional alemán a la Ley Fundamental de Bonn.
3. Así entendida, la Constitución refleja **un orden social necesario** con un grado preestablecido de realización de ese modelo constitucionalmente prefigurado.
4. Ese orden de valores o moral constitucionalizada posee una fuerza resolutoria como para contener **respuesta cierta o**

aproximada para cualquier caso en el que se vean implicados derechos, principios o valores constitucionales, brindando una única respuesta correcta mediante una pauta de corrección directamente material, sin mediaciones formales ni semánticas, donde los jueces deben preocuparse más por la justicia del caso que por la seguridad jurídica mediante un razonamiento más moral que jurídico.

5. Ello hace que deba existir un órgano que vele por la **efectiva plasmación en cada caso de esta respuesta correcta, labor que pertenece a los jueces en general y a los tribunales constitucionales en particular** (donde existen, claro está, pero también donde no los hay pero los tribunales superiores actúan como tales, como antes señalé respecto a nuestra CSJN).

6. En la medida en que este orden axiológico de la constitución predetermina la solución para todos los casos posibles con relevancia constitucional, se supone que el juez que resuelve en tales casos no ejerce **discrecionalidad ninguna** (Dworkin), salvo que haya un empate entre los derechos y/o principios constitucionales concurrentes (Alexy).

7. En consecuencia, el aplicador judicial debe poseer la capacidad y el método adecuados para captar estas soluciones objetivamente impuestas por la Constitución

para los casos con relevancia constitucional, que es el de la **ponderación**.

8. Lo anteriormente dicho lleva a las cortes constitucionales a convertirse en **suprainstancias judiciales de revisión**, justificando su intromisión revisora cuando los jueces «inferiores» no hayan respetado estos estándares.

9. En la medida en que considera que los fundamentos de ese NC son metafísicos y que se apoyan en una doctrina ética de corte objetivista y cognitivo, advierte que se produce un fuerte **desplazamiento de la argumentación y de sus reglas básicas**, que en tales casos se tiñe asimismo de metafísica y, a su criterio, se torna fuertemente esotérico.

10. El NC posee, en consecuencia, **tres componentes filosóficos muy rotundos**.

a) En lo **ontológico, el objetivismo**, derivado de afirmar que por debajo de los puros enunciados constitucionales, con sus ambigüedades y su vaguedad, con sus márgenes de indeterminación semántica, sintáctica y hasta pragmática, existe un orden constitucional de valores, un sistema moral constitucional bien preciso y dirimente. b) En lo **epistemológico, el cognitivismo** resultante de afirmar que las soluciones precisas y necesarias que de ese orden axiológico se desprendan pueden ser conocidas y consecuentemente aplicadas por los jueces. c) En lo **político y social, el eli-**

tismo de pensar que sólo los jueces, o prioritariamente ellos, y en especial los tribunales constitucionales, están plenamente capacitados para captar este orden axiológico constitucional, poseyendo el privilegio político de poder enmendar al legislador excepcionando la ley y justificando en el caso concreto la decisión contra *legem* que será, sin embargo, *pro constitutione*.

A lo que agrega una reflexión sociológica, que particularmente desconocía pero sé que él ha constatado *in situ* por su vinculación con diversas universidades latinoamericanas a las que es frecuentemente invitado: que esta teoría se enseña, sobre todo en Latinoamérica, en las universidades más caras y elitistas, aquellas en donde suelen estudiar los vástagos de las clases económica, política y social dominantes, que no siempre consiguen implantar la justicia social y los derechos de tercera y cuarta generación a golpe de principios y sentencias, tal vez porque suelen proveer de juristas aventajados a gobiernos más bien conservadores, aunque se trate de una regla que, como todas, tiene sus excepciones.

Afirma que de esta teoría pueden surgir «tantos derechos únicos y verdaderos y tantas únicas soluciones constitucionalmente correctas para cada caso como neoconstitucionalistas nos topemos con ideologías diversas. Todos sacerdotes de un único credo -la Constitución como sistema objetivo de valores- pero plura-

lidad de iglesias, de dogmas incompatibles y de teologías, y cada cual llevando agua para su molino, pero diciendo que no es el molino suyo, sino la Constitución objetiva», porque la Constitución -diga lo que diga- es prioritariamente moral, mientras que la ley -diga lo que diga- es prioritariamente jurídico positiva, aventurando que si no se es jusnaturalista, entrar en este juego es manifestación de irreflexión o de precipitada ingenuidad.

No obstante lo cual destaca que, pese a estos difusos contornos donde moral y derecho se confunden bajo el paraguas protector de la Constitución, existen juristas capaces y formados que, cuando hablan del Derecho y la Constitución, no buscan subterfugios para hacer valer su personal moral o sus particulares intereses sino el interés general y el bien de un pueblo libre, fomentando el diálogo entre las doctrinas y la ilustración por la vía del conocimiento, mediante un debate en libertad que es propio de toda vida académica y democrática que se precie de tales.

Particularmente diría que ni tanto ni tan poco, más allá de la relevancia que adquiere el estar advertidos de estos peligros que acechan a quienes cultivan esta corriente o la ven con simpatía.

Por lo que hasta aquí llevo expuesto va de suyo que ni la conceptualización ni la trascendencia del NC son cuestiones pa-

cíficas donde exista un consenso mayoritario que pueda asumirse respecto a su auténtica filiación teórica, a sus límites o a su conveniencia, puesto que donde algunos creen descubrir claras ventajas otros alertan sobre lo que consideran, más bien, serios riesgos, en atención -básicamente- a esos perfiles difusos, que pueden alumbrar distintos sentidos a partir de una misma base normativa.

Es por ello que hay una sugerencia de García Amado -que ha seguido en este tema a Habermas- que me parece insoslayable aunque se repita reiteradamente hace ya bastante tiempo en distintos ámbitos de nuestra materia: de lo que se trata es de argumentar, siempre, sometiéndose quienes lo hacen a las reglas que definen un procedimiento que privilegia la construcción de un saber social y permite el control de lo decidido por un poder no elegido democráticamente, como suele serlo el judicial, por medios que sí lo hayan sido - en la medida de lo posible y dentro de sus propios límites funcionales - descartando todo autoritarismo y proporcionando a quienes corresponda la posibilidad cierta de revisión de sus decisiones.

Pero en cuanto a sus conceptos críticos sobre la función de los jueces -el transitado «prudente activismo judicial», que a su criterio va en detrimento de legislador- que señala como contraria a la soberanía del pueblo que ha sido, por

medio de sus representantes libremente electos, quien en definitiva ha legislado; me inclino más por una postura intermedia que, sin desdeñar la ley positiva o teniendo a las reglas estatales como fuente principal de sus decisiones, pueda optar, si fuere menester, por acudir a los principios y a la diversidad de fuentes que el NC ha traído a un primer plano si considera que esa actitud hará más justa su decisión. Porque, en definitiva, también estará sujeta a revisión, salvo que se trate de un Tribunal Constitucional -o el de más alto nivel de un país, en el cual éste no existiera- que por experiencia propia y ajena sabemos, también, que no suele permanecer incólume frente a los cambios sociales, políticos y económicos que entornan la labor jurisdiccional.

En suma, que particularmente no considero que estemos frente a una nueva teoría del Derecho ni frente a un cambio de paradigma jurídico que dejaría atrás las corrientes ya consagradas -llámense positivismo, jusnaturalismo, realismo o teorías críticas- porque todas ellas, en distinta medida y según la época, han aportado elementos que el NC toma como propios o innovadores cuando muchos de ellos no son tales y, en todo caso, lo nuevo puede ser la resultante de la distinta combinación que sus cultores hagan de algunas de las notas distintivas que las constituyen, pero que ya habían sido formuladas en doctrinas anteriores como, por ejemplo, lo hiciera Alf Ross.

Sea como fuere entiendo que es necesario conocer el NC, también saber qué podemos adoptar de sus postulados al momento de resolver un caso de hecho: generalmente a ellos se alude cuando se hace referencia al así llamado «bloque de constitucionalidad», pero en modo alguno estimo que sea la panacea que muchos de sus cultores anuncian sino, tal vez, una herramienta más a la hora del análisis y de la solución del conflicto.

Para completar este análisis habré de concluirlo con una sumaria digresión referida al bloque de constitucionalidad, tan a menudo invocado y sin duda alguna relacionado con esta corriente de pensamiento.

El bloque de constitucionalidad es definido por G. Bidart Campos -«*Manual de la Constitución Reformada*», Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 276- como «un conjunto normativo que parte de la Constitución, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la Constitución escrita. Suele situarse en ese bloque a los tratados internacionales, al derecho consuetudinario, a la jurisprudencia, etc.»

«El bloque de constitucionalidad así integrado sirve para acoplar elementos útiles en la *interpretación* de la Constitución y en la integración de los vacíos de la norma», agregando que «En el De-

recho Constitucional argentino después de la reforma de 1994, damos por alojados en el bloque de constitucionalidad a los *tratados internacionales de derechos humanos* a que hace referencia el art. 75 inc. 22», sin dejar de tener en cuenta la vigencia del principio de supremacía legal establecido en el art. 31 de la CN, que se ha visto «reajustado» [op. cit., p. 339/340] luego de la reforma, permitiendo que en las constituciones «*se filtren contenidos que provienen de fuentes heterónomas o externas, o sea, colateralmente. Entre ellas, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comunitario...*» mediante las cuales los Estados incorporan a su derecho interno contenidos derivados de aquellas fuentes, que no están por encima del Estado sino en sus «costados», en su «periferia», concluyendo: «Pero que condicionan y limitan al derecho interno, incluso a la Constitución...».

Sobre el problema que plantean los conflictos en el interior del bloque de constitucionalidad que están condicionando su funcionamiento, es importante tener en cuenta los distintos criterios existentes en orden a su solución, a saber: a) Reconocimiento de que (como consta en la Declaración de Viena de 1993) «*Todos los DDHH tienen origen en la dignidad y el valor de la persona humana...* por lo que ésta debe ser la principal beneficiaria de esos derechos y libertades»; b) Debe atribuirse idéntico valor jurídico a todas las

disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad de los DDHH, sin perjuicio de que, para su efectividad, en algunos casos sea preciso contar con normas o infraestructuras complementarias; c) La persona debe estar resguardada por una protección especial de la ley que le asegure el pleno goce de estos DDHH; d) Las disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad no sólo contemplan obligaciones para los Estados, sino derechos y obligaciones que cubren las relaciones entre los particulares.

A lo expuesto, cabe sumar que a un sistema editorial fuertemente regulado por el mercado siempre le resultan más que bienvenidas las nuevas «modas» teóricas que bajo signos aparentemente innovadores –lo sean o no- contribuyen a la creación de un nuevo «nicho» de reflexiones y preocupación, que recibe alborozado, fomenta y reproduce para incrementar sus ventas, con independencia de su real valor.

Y también –como dije al principio de estas reflexiones- que la efectiva vigencia del NC mucho tendrá que ver, en la práctica, con la situación de crisis que cada país vaya atravesando, con su profundidad y con las medidas que sus autoridades consideren imprescindibles adoptar para conjurar la emergencia, porque en tal sentido parece más bien un fruto –con algunas flores tardías- de un cierto Estado de bienestar hoy en re-

tirada, antes que un nuevo paradigma explicativo de qué es esto que llamamos Derecho. Vaya a modo de ejemplo de lo que digo las discusiones suscitadas en Italia y España cuando esto escribo – abril de 2012 – a partir de las propuestas gubernamentales de restringir derechos de los trabajadores consagrados hace décadas para tratar de morigerar la crisis por la que estos países están atravesando, restricción a la que frontalmente se opondría todo NC puro y duro, cualquiera sea su vertiente.

Sea por la adhesión que susciten sus cultores como sus detractores, no hay dudas de que el NC sigue siendo un tema actual, presente, incluso apasionante y abierto a la discusión –y tal vez en revisión en orden a su efectiva aplicación- motivos que consideré más que suficientes para explicar sus notas esenciales y llamar la atención sobre algunas de sus características, mediante este modesto aporte ■

AHUMADA, MARÍA ÁNGELES, «*Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo*». Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

ASEFF, LUCÍA MARÍA «*Argumentación jurídica y semiosis social*», Juris, Rosario, 2003.

BARRANCO DE BUSANICHE, GRACIELA «*Democracia, Estado de Derecho y Constitución*», en «*Argumentación Jurídica y Constitucionalismo*», Publicación de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 2011, Graciela Barranco de Busaniche y Eloy Emiliano Suárez (compiladores).

BIDART CAMPOS, GERMÁN J. «*Manual de la Constitución Reformada*», EDIAR, Buenos Aires, 2003.

COMANDUCCI, PAOLO «*Constitucionalización y Neoconstitucionalismo*», Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

FERRAJOLI, LUIGI «*Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia*». Trotta, Madrid, 2006.

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, Prólogo al libro «*Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*» del profesor ecuatoriano Jorge Zavala Egea.

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, «El derecho y sus circunstancias –Nuevos ensayos de Filosofía Jurídica», Capítulo II: «*Neoconstitucionalismo*» – Publicación de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

KELSEN, HANS «*Teoría Pura del Derecho*», UNAM, México, 1981.

PRIETO SANCHÍS, LUIS «*Justicia, constitucionalismo y derechos fundamentales*», Trotta, Madrid, 2003.

RODRÍGUEZ BERTONI, MARÍA JESÚS, «*El neoconstitucionalismo en el escenario argentino*», en la publicación de la UNL de AA. VV. antes citada «*Argumentación Jurídica y Constitucionalismo*».

ROSS, ALF «*Sobre el derecho y la justicia*», Eudeba, Buenos Aires, 1963.

SUÁREZ, ELOY EMILIANO, «*Constitucionalismo, división de poderes y función judicial*», op. cit., UNL.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO «*El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*». Trotta, Madrid, 2003.