

CONSTITUCIONALIZACIÓN, RESIGNIFICACIÓN DEL DERECHO Y FILOSOFÍA DEL ESTADO JUSTO

CONSTITUTIONALIZATION, RESIGNIFICATION OF THE LAW AND THE PHILOSOPHY OF THE JUST STATE

Mariano Manuel Bär¹
Universidad Católica de Santa Fe (UCSF)

Recibido: 05/02/2023 - Aceptado: 22/05/2023

Resumen: Si debemos hablar de “constitucionalización y convencionalización” del derecho común, es porque se ha producido un fenómeno, cualquiera sea, que ha implicado un cambio en el paradigma y la forma de entender y operar el Derecho y lo jurídico. Desde luego que, si esto es así, debemos indagar sus causas y consecuencias. En este trabajo, lo que se ha puesto de relieve es una propuesta filosófica que ve al Estado Constitucional de Derecho como una doctrina política o una filosofía del Estado justo. Es a partir de esta concepción que se trata de reconstruir una teoría neoconstitucional del derecho desde una perspectiva argumentativa, en el entendimiento que, aún como propuesta, brinda las mejores herramientas para trabajar con los elementos jurídicos constitucionalizados.

Palabras clave: Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo, Argumentación jurídica.

Abstract: If we must speak of “constitutionalization and conventionalization” of the law, it is because there has been a change, any change, which implies a new paradigm and a new way of understanding and operating the Law and the legal. Of course, if this is so, we must investigate its causes and consequences. In this work, what has been highlighted is a philosophical position for the Constitutional State as a political doctrine or a philosophy of the fair State. It is from this conception that it is a question of reconstructing a neo-constitutional theory of law from an argumentative perspective, in the understanding that even as a proposal it grants the best ways to work with constitutionalized legal elements.

Keywords: Constitutional State, Neo-constitutional theory, Legal argumentation.

¹ bar.mariano@gmail.com

I. Introducción.

Carlos Nino (2003) señaló que

Hay escritores que pretenden que sólo puede haber un único y verdadero concepto de derecho, y se enzarzan en graves meditaciones sobre la esencia de aquél, sin prestar atención al uso ordinario de la expresión y despreciando la estipulación de un significado para la palabra que sea teóricamente fecundo (p. 13).

Trayendo esta frase a colación no se hace ningún aporte novedoso, pero sí se tiene, a partir de ella, un disparador para lo que se pretende desarrollar.

Es que se asume una posición no esencialista del lenguaje y, por lo tanto, se debe buscar, antes que cualquier otra cosa, un acuerdo donde se comparta la idea de que los conceptos se construyen arbitrariamente entre los interlocutores. Esto es importante para que se esté seguro de lo que se quiere decir en todo momento.

El primer paso, entonces, va a ser abusar de la polisemia de la palabra para convenir un concepto de Derecho. En este caso se trata del Derecho como argumentación o como práctica argumentativa, lo que nos va a permitir asumir a lo jurídico desde una faz dinámica y pragmática.

Esta convención va a servir de cimiento. Y como nadie cimienta para no construir nada, a partir de allí se va a comenzar con la edificación de una teoría que no sólo permita identificar el contexto donde se desenvuelve la constitucionalización y convencionalización del derecho, sino, fundamentalmente, cómo lo hace, presentando, por último, una propuesta para materializar su modo de operar. Adelantando, eso sí, que a esta teoría se la va a llamar neoconstitucionalismo y que va a tener que enfrentar algunos problemas, como la búsqueda del objetivismo moral mínimo que permita reducir la arbitrariedad judicial y la habitual crítica de la objeción democrática.

La idea desde la que se parte –que se debe tener por asumida– es la insuficiencia de las teorías clásicas –positivismo y naturalismo– para dar respuestas a los complejos problemas de las sociedades actuales

Puntualmente en este trabajo se abordará al neoconstitucionalismo como propuesta para el Estado

Constitucional, a la vez que éste será entendido como una filosofía del Estado justo. Para ello, se repasarán sucintamente las características de este nuevo tipo de Estado y las implicancias que una determinada concepción del objeto Constitución tiene en las relaciones jurídicas y políticas.

Luego, nuestra teoría neoconstitucional va a tratar de escapar a la dialéctica tradicional de positivismo – naturalismo, a través de un no positivismo de corte pragmático donde la teoría de la argumentación jurídica es, ahora, la filosofía primera del derecho.

Esto se debe a que, como se verá, la conexión entre el derecho y la moral requiere de un objetivismo moral mínimo que sirva para que el derecho no se torne arbitrario. Este objetivismo, que será dado por el constructivismo ético, funciona a su vez como elemento unificador de distintas tesis en las que la construcción de esta teoría del derecho neoconstitucionalista está basada.

A riesgo de ser demasiado audaz, la propuesta se endereza a contribuir a la discusión sobre el neoconstitucionalismo.

Pero todo el cambio de constitucionalización y convencionalización del derecho, si está operando, implica también un profundo cambio de concepción del Estado y de la filosofía política que tradicionalmente lo inspiró: el liberalismo clásico. Ahora, el neoconstitucionalismo se va a presentar en otra de sus acepciones posibles, la del ya mencionado “Estado justo”.

El Estado justo es el Estado Constitucional, con todas sus características e implicancias, donde creo que existe mayor consenso entre los distintos autores que –llamándose neoconstitucionalistas o no– los reconocen en mayor o menor medida. La principal consecuencia de adoptar esta postura es, por cierto, el reconocimiento de la necesaria conexión entre derecho y moral, porque es a partir de este reconocimiento que el neoconstitucionalismo se abre paso para el desarrollo de sus demás postulados. También como teoría del derecho.

Lo que pretende ser interesante de este trabajo es descubrir cómo todos elementos se interrelacionan y actúan y, en su caso, y de haber logrado el objetivo, cómo se erige el neoconstitucionalismo como el modelo necesario para garantizar en mayor medida los derechos fundamentales de cada persona y también cómo es su forma de operar.

II. El Estado Constitucional y Convencional de Derecho y la filosofía del Estado justo.

Existen tantas acepciones del vocablo neoconstitucionalismo como formas de encararlo. Y esto va desde la negación de que pueda existir algo llamado neoconstitucionalismo, hasta la propuesta de pluralizar el término.

Dentro de toda la gama, Luis Prieto Sanchís (2010) distingue cuatro acepciones generales, en la que cada una de ellas obedece a problemas también diferentes. La que aquí me interesa es la que postula al neoconstitucionalismo como una “filosofía política o como doctrina del Estado justo”. En ella se parte de reconocer que el modelo de Estado justo es el Estado Constitucional de Derecho, denominación que contrapone su fuerza a la de Estado Legal de Derecho. ¿Pero qué es una y otra cosa?

El concepto de Estado Legal de Derecho surge desde la concepción liberal clásica del Estado. Es un Estado que actúa mínimamente y como guardián del cumplimiento de la ley, a la que se sujeta porque actúa como límite negativo. Esto se debe, o bien porque se trata de una aspiración política, o bien porque se exalta el valor de la seguridad jurídica, pero siempre se trata de una visión ideológica desde la que el Estado se justifica y se legitima (Gil Rendón, 2011).

Esta visión clásica se identifica con un modelo que se ha llamado positivista o paleopositivista² y, entre sus presupuestos fundamentales, encuentra la limitación de la actividad estatal por la legalidad, la garantía constitucional de los derechos individuales a través de su positivización y el control de la actividad estatal en cuanto no puede atravesar los límites de actuación constitucionalmente impuestos (Gil Rendón, 2011).

Esta versión del Estado implica, en cierta forma, una aséptica jurídica. Es decir, se concibe un Estado que se identifica plenamente con el derecho como dos caras de una misma moneda y que no se ve influido por ningún elemento extraño – como la moral– al derecho positivizado (Gil Rendón, 2011).

Bien señala Rodolfo Vigo (2010) que cada Estado de Derecho requiere de una teoría o filosofía que le sirva de respaldo teórico y orientación práctica. Para el Estado Legal de Derecho, esta teoría fue el iuspositivismo. Producto de ello son las concepciones del derecho que no incluyen elementos

² Es la denominación que utilizan, entre otros, Luigi Ferrajoli (Ferrajoli, 2010) y Paolo Comanducci (Comanducci, 2009).

morales y que sólo lo vinculan con lo institucional o sistémico, o con la vigencia o eficacia social. A lo que debe agregarse que “conforme a la epistemología que negaba el saber práctico, no hay espacio para que en el saber jurídico se reconozca la posibilidad de valorar o prescribir, y estas tareas quedaban confinadas a la irracionalidad o al voluntarismo emotivista”.

Distinta es la realidad del Estado Constitucional de Derecho. Este, por su parte, es el que hace referencia a un Estado cuyo sistema jurídico-político se encuentra atravesado por las normas constitucionales de forma tal que se condiciona no sólo la actuación del poder estatal con límites negativos, como en el Estado Legal, sino que además se obliga a una actuación estatal determinada que garantice la plena efectividad de los derechos fundamentales. También en este sentido quedan atravesadas la jurisprudencia, la doctrina, el desenvolvimiento de los actores políticos e, incluso, las relaciones sociales (Atienza, 2010; Guastini, 2009).

El Estado Constitucional de Derecho es una respuesta al Estado Legal de Derecho. La metateoría del neoconstitucionalismo, se afirma, es que la aplicación subsuntiva del derecho y su infabilidad técnica, el legicentrismo y el estatalismo, propios del modelo paleopositivista y del Estado Legal de Derecho, resultan hoy insuficientes o, por lo menos, inadecuadas para lo que el Estado Constitucional requiere (Comanducci, 2009; García Figueroa, 2009b) en virtud de la complejidad diferente y mayor que originan los nuevos fenómenos políticos, sociales y económicos de la actualidad.

Ahora bien, si se admite que este cambio de paradigma estatal está operando en la realidad jurídica e institucional, entendiendo por “cambio” un transitar de una cosa o situación hacia otra que, en este caso, es desde el Estado Legal hacia el Estado Constitucional, es precisamente a ese movimiento que se lo denomina proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico.

Riccardo Guastini (2009) señala que el concepto de constitucionalización del ordenamiento no es maniqueo, en el sentido que un Estado es Constitucional o no lo es, sin ningún tipo de matiz o progresión, sino que lo correcto es hablar de diferentes grados de constitucionalización.

Para precisar este concepto, desarrolló lo que denomina “condiciones de constitucionalización”, donde distingue aquellas condiciones que considera necesarias, sin las que la

constitucionalización no sería posible; de aquellas condiciones que considera suficientes, que suponen –de acuerdo con la intensidad con la que se manifiestan– estos distintos grados de constitucionalización.

Las condiciones necesarias son dos: la existencia de una “Constitución rígida” y “la garantía jurisdiccional de la Constitución”.

La rigidez constitucional es un concepto con el que el ordenamiento jurídico argentino está familiarizado, ya que supone la existencia de un documento escrito y protegido contra la legislación ordinaria, en el que además sus disposiciones son jerárquicamente superiores a las leyes y es el propio documento constitucional el que establece procedimientos agravados para su reforma.

Por su parte, la garantía jurisdiccional implica la existencia de mecanismos institucionales que permitan algún tipo de control sobre las leyes, vigilando su conformidad con la Constitución.

Tampoco la garantía jurisdiccional resulta extraña al ordenamiento argentino. Por el contrario, es una característica arraigada en el modo de operar el derecho y mucho más aún a partir de la incorporación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994. Puede recordarse, por ejemplo, como la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha venido adoptando desde el año 2001 un cambio en su doctrina llegando a reconocer la facultad de los jueces de poder realizar el control de constitucionalidad y de convencionalidad de las leyes de oficio y, en especial, el precedente “Rodríguez Pereyra” (CSJN, 2012).

No parecieran caber dudas sobre la existencia, en la Argentina, de las condiciones necesarias señaladas por Guastini para la constitucionalización –y convencionalización, claro está.

Ahora bien, el grado de constitucionalización y convencionalización es, en cierto sentido, “medible”. Aguiló Regla (2010) observa bien que

Es interesante darse cuenta de que el concepto de «Estado Constitucional» no es un concepto meramente descriptivo. El Estado Constitucional no nace simplemente de la rigidez y la normatividad constitucionales. Es un concepto valorativo

–resultado de la función de ciertas exigencias ético–políticas– que sirve para evaluar los sistemas jurídico–políticos positivos (y entre éstos también a aquellos que cuentan con una Constitución rígida y regulativa) (p. 250).

Creo que esto también grafica de manera clara la dimensión dinámica del Derecho en el proceso de constitucionalización y convencionalización.

Entonces, cuando el análisis se refiere a las denominadas condiciones suficientes de constitucionalización, tenemos un parámetro de realización de la constitucionalización y convencionalización de un ordenamiento. En particular, Guastini (2009) reconoce que estas condiciones son la “fuerza vinculante de la Constitución”; la “sobreinterpretación de la Constitución”; la “aplicación directa de las normas constitucionales”; la “interpretación conforme de las leyes”; y la “influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas”.

La fuerza vinculante se relaciona al contenido normativo de la Constitución. La Constitución ya no es únicamente para la organización del Estado, sino que incluye un catálogo normativo que se manifiesta con principios generales y disposiciones programáticas que dejan de tener un carácter meramente enunciativo de los objetivos políticos a los que se aspira y cuya instrumentación queda en manos del legislador. Estos principios generales y disposiciones programáticas son fuente del derecho que produce efectos por sí misma.

La sobreinterpretación constitucional, por su parte, refiere a la posición que los jueces y juezas, o cualquier órgano del Estado, sostienen al momento de interpretarla. Si la interpretación constitucional es restrictiva, “ninguna Constitución resulta completa: antes bien, cualquier Constitución no regula más que una pequeña parte de la vida política y social” (Aguiló Regla, 2010, p. 54). Si, en cambio, la interpretación es extensiva, es posible extraer de la Constitución una gran cantidad de normas implícitas que resultan idóneas para regular todo aspecto social y político, es decir, realizar una “sobreinterpretación” que, junto al carácter vinculante de la Constitución, deja sin espacio a la discrecionalidad legislativa en tanto toda decisión puede ser llevada al conocimiento judicial para decidir sobre su legitimidad.

Con relación a la aplicación directa de las normas constitucionales, si la función constitucional es moldear las

conductas sociales, sus preceptos pueden y deben aplicarse por los jueces de manera directa en cualquier tipo controversia. Asimismo, al ser los principios constitucionales de aplicación directa, la legislación sólo puede ser el desarrollo de los principios trazados constitucionalmente.

La interpretación conforme de las leyes, por su parte, hace referencia a la técnica interpretativa de las normas jerárquicamente inferiores a la Constitución, en tanto siendo susceptibles de distintas interpretaciones en relación con un caso concreto, la interpretación que debe elegirse es aquella que mejor se compatibiliza con los postulados constitucionales, evitando toda contradicción con ellos.

Por último, es condición suficiente de la constitucionalización del ordenamiento jurídico la influencia que la Constitución tiene sobre las relaciones políticas entre los órganos del propio Estado. Así, a modo de ejemplo, la posición que los jueces y juezas puedan tomar respecto de las llamadas cuestiones políticas no judiciales, los mecanismos previstos para solucionar cuestiones de competencias o atribución entre los distintos órganos constitucionales e, incluso, la introducción de argumentos constitucionales en la toma de decisiones políticas para justificar acciones. En definitiva, tiene que ver, en mayor o menor medida, con una dinámica constitucional en las relaciones de poder.

Luis Prieto Sanchís (2010) –y podría decirse, sin necesidad de audacia, que la generalidad de los autores–, auspician un pensamiento similar. Él resume como rasgos singulares del Estado Constitucional al “reconocimiento de la incuestionable fuerza normativa de la Constitución”, la “rematerialización constitucional”, la “garantía judicial y aplicación directa de la Constitución” y la “rigidez constitucional”. Todos estos conceptos son fácil e intuitivamente asimilables a los desarrollos por Guastini.

Pero tampoco puede hablarse de un punto de quiebre definitivo que anuncie el paso del Estado Legal al Estado Constitucional de Derecho, ni tampoco es posible llegar a un grado máximo de constitucionalización y convencionalización que ponga tope al proceso. Más bien es posible que los ordenamientos experimenten, desde su propia dinámica social y política, marchas y contramarchas en el grado de constitucionalización y convencionalización y, por ende, en la realización del Estado Constitucional.

Ya en el plano valorativo, si el Estado Constitucional y el proceso de constitucionalización son vistos como algo bueno y positivo, el neoconstitucionalismo va a sistematizar los logros de ese proceso reconstruyendo el sistema jurídico desde una nueva perspectiva que se adecua a este modelo de Estado (Prieto Sanchís, 2010).

La novedad del neoconstitucionalismo como filosofía del Estado Justo, en palabras de Prieto Sanchís (2010), se resume en que

Justamente aquí reside la diferencia: el orden jurídico siempre ha incorporado normas sustantivas que pretenden decir a sus destinatarios qué es lo que pueden o no hacer; (...) ahora los destinatarios son también los poderes públicos, cuya conducta se expresa a su vez en forma de normas jurídicas cuya identificación exige apelar a conceptos morales. La moral incorporada a la constitución se revela entonces como el parámetro, no ya de la justicia, sino de la propia validez de las demás normas; y la divergencia entre moral y Derecho se traslada al interior del orden jurídico como una divergencia entre Constitución y ley (p. 466).

Como reconstructor del sistema jurídico y político, también desde el plano iusfilosófico, el neoconstitucionalismo debe hacerse cargo de los contenidos y límites morales al derecho como una juridicidad indisponible (Vigo, 2010). Esta juridicidad indisponible que se identifica mayoritariamente con los derechos fundamentales y con los derechos humanos, juntamente con las demás características del Estado Constitucional –en particular con su efecto de irradiación, su garantía jurisdiccional y la interpretación conforme de las leyes–, no deja de presentar algunas dificultades de las que hay que hacerse cargo oportunamente.

Pero si el Estado Constitucional se identifica con un Estado justo,

También es bueno o justo contar con un Poder Judicial independiente encargado de fiscalizar ese sometimiento del poder al Derecho, pudiendo pronunciar la nulidad de cualquier decisión o norma que, tanto por

motivos formales como sustantivos, vulnere lo decidido por esa norma suprema; o incluso encargado de suplir al legislador en los casos en que éste no ha desarrollado las adecuadas garantías para un determinado derecho (Prieto Sanchís, 2010, p. 470).

O bien, “los derechos sostenidos por la fuerza normativa de la Constitución deben hacerse efectivos con ley, sin ley o contra ley” (Gil Domínguez, 2012).

III. El derecho (como argumentación) y el neoconstitucionalismo (como teoría).

Si el neoconstitucionalismo puede ser aceptado como una filosofía del Estado justo que se identifica con el Estado Constitucional, es posible partir de allí para formular una concepción del Derecho y una teoría neoconstitucional del Derecho que nos permita operar dentro de ese Estado justo.

En el primero de los casos, es posible adoptar la propuesta de Atienza en tanto propone, como enfoque posible de lo jurídico y del Derecho, una perspectiva argumentativa, en la que se pueda “ver el Derecho como argumentación (aunque, naturalmente, el Derecho no sea –no pueda ser– sólo argumentación)” (Atienza, 1999), partiendo de considerarlo como una técnica para la solución de determinados problemas prácticos, por lo que se trata de “una visión pragmática, dinámica y, en cierto modo, instrumental del Derecho, pero que no contempla el Derecho como un instrumento que pueda ser utilizado para cualquier fin, sino, para decirlo con cierta solemnidad, como un instrumento de la razón práctica” (Atienza, 1999).

Esta es una perspectiva que llama cuarto enfoque, reconociendo que en la tradición jurídica –especialmente en la continental– han predominado como perspectivas de abordaje del Derecho, el enfoque estructural–normativista, el enfoque realista o sociológico y el enfoque de idealidad.

Las teorías del Derecho que se desarrollan dentro del primer enfoque, claro está, se relacionan con las variadas formas de positivismo jurídico que asumen posiciones descriptivas del Derecho. En el segundo, adquieren trascendencia las teorías que se centran en el comportamiento humano. Y, por último, en el tercero, las teorías vinculadas al naturalismo que se centran en el deber ser del Derecho.

Una de las razones que justifica concebir al Derecho como argumentación es, en la idea del autor, que si en un Estado de Derecho –sea Legal o Constitucional– el poder está sometido a la razón, las decisiones de sus órganos deben ser racionalmente fundamentadas con algún criterio de objetividad. Y para que esto sea posible, es necesario que el Derecho aparezca bajo la forma de un razonamiento práctico justificativo (Atienza, 1999).

Para comprender mejor la idea, Atienza señala que en el Derecho o en cualquier acción humana existen razones que dan fundamento a las decisiones. Estas razones pueden ser explicativas, cuando se trata de dar razones de por qué y para qué se toma una decisión; o justificativas, cuando se dirigen a lograr que la decisión resulte aceptable. También en sus palabras,

Una cosa sería el proceso psicológico, sociológico, etc., mediante el cual un juez (o un conjunto de jueces: un tribunal) llega a tomar una decisión respecto a un determinado caso, y otra cosa la fundamentación que ofrece (de manera más o menos explícita) de la decisión. (Atienza, 2006)

Finalizando que el razonamiento jurídico no puede prescindir de razones explicativas –por ejemplo, la decisión se tomó porque es lo que al juez le parece justo–, pero siempre es, en último término, justificativo.

Ahora bien, si el Derecho es un instrumento de la razón práctica, no puede dejar de tenerse presente la unidad de esta última. La unidad de la razón práctica supone que el razonamiento práctico siempre es, en última instancia, un razonamiento moral. Y si bien Atienza deja en claro su posición contraria respecto de considerar al razonamiento jurídico como un caso especial del razonamiento práctico general, como sí lo hace, por ejemplo, Alexy, no niega que todos los tipos de argumentación jurídica pueden justificarse según las reglas del discurso moral (Atienza, 2017).

Sin embargo, creo que es posible que la concepción argumentativa del Derecho se inserte en la tesis de la pretensión de corrección y en la tesis del caso especial.

Estas tesis podrían resumirse de la siguiente manera: (i) el Derecho contiene una pretensión de corrección que obliga a decidir los casos jurídicos de la forma moralmente correcta, y se plantea en el discurso jurídico pero, a diferencia de lo que ocurre

en el discurso práctico general, no se refiere a que las proposiciones normativas sean sin más racionales, sino sólo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundamentadas (Alexy, 2008); y (ii) que el razonamiento jurídico es un caso especial dentro del razonamiento práctico general, y su especialidad está dada por encontrarse sometido a límites institucionales como la ley, los precedentes y la dogmática jurídica (Alexy, 2017).

En esta síntesis, el Derecho como argumentación sirve de instrumento de la razón práctica, de la que es un caso especial, y ostenta una pretensión de corrección que se desarrolla dentro del contexto de justificación de las decisiones que toman los órganos de un Estado de Derecho Constitucional.

Esto permite adoptar una teoría neoconstitucionalista del derecho que se edifique siguiendo el camino de García Figueroa (2009a), para quien, a estos fines, es necesario escapar de lo que denomina elementos estructurales de la dicotomía positivismo–naturalismo. A partir de este momento la referencia al neoconstitucionalismo no es ya como filosofía del Estado justo sino como teoría del derecho, que no se excluyen, sino que, por el contrario, se complementan.

Esta propuesta sostiene que el neoconstitucionalismo como teoría tiene el deber de renunciar a desarrollarse en base a los elementos que conforman la dialéctica entre el positivismo y el naturalismo para enfocarse en los elementos que le permitan crear una teoría jurídica de corte mucho más pragmático.

Esta búsqueda comienza con el rechazo del esencialismo, lo que “significa que debemos renunciar a buscar la esencia del Derecho para conformarnos con propósitos más modestos, pero quizá más útiles” (García Figueroa, 2009a, p. 220). Esto implica preguntarse no ya qué es, sino el cómo funciona el derecho de los Estados Constitucionales.

Es un rechazo que “se halla en cierto modo implícito en el estudio del derecho desde una perspectiva argumentativa y distinta de su concepción como un mero sistema normativo” (García Figueroa, 2009a, p. 222) y produce un desplazamiento desde la teoría del sistema jurídico a la teoría de la argumentación jurídica.

Renunciar a buscar una esencia del Derecho es renunciar a una pretensión de universalidad, propia de las teorías del derecho positivistas o naturalistas. Por lo tanto, esta teoría neoconstitucionalista del derecho se propone como una teoría particular. Si se trata de una teoría particular con alcance general

o una teoría particular pura, podría ser otra discusión, pero la atención está centrada sólo, y únicamente, en los sistemas jurídicos constitucionalizados, es decir, en los modelos de Estado Constitucional. En otras palabras, intenta elaborar una teoría jurídica con relación a una concepción del Derecho de las tantas posibles, que además actúa en un tipo de Estado determinado.

Este neoconstitucionalismo se despoja de observar al Derecho como un objeto aislado y pone su énfasis en el carácter dinámico de la práctica argumentativa, al contrario de una teoría objetualista del derecho que procura establecer propiedades verificables en cualquier derecho y en cualquier Estado. Lo que se hace con el Derecho es abarcarlo desde su faz dinámica y desde el razonamiento jurídico como un objeto cultural, que así resalta la vinculación necesaria e inescindible entre los argumentos legales y extralegales a través de la argumentación jurídica y de la razón práctica.

También este neoconstitucionalismo busca escapar del dualismo jurídico y del monismo jurídico a través de un monismo práctico. Una especie de gradualismo entre la validez sustantiva y la validez formal de las disposiciones jurídicas. Con esto se quiere decir que el neoconstitucionalismo se expresa contemplando al discurso práctico como un continuo de argumentos que encuentra en sus extremos a los argumentos de un grado máximo de institucionalización y, del otro, los argumentos de un mayor grado de corrección.

Todos los elementos señalados para el abordaje de lo jurídico desde el neoconstitucionalismo como filosofía del Estado justo y como teoría particular del derecho, tienen la ventaja de poner de relieve la preponderancia de las razones por sobre el conocimiento especulativo, aunque, por supuesto, el conocimiento especulativo no se niegue ni se elimine.

Ahora bien, la unidad de la razón práctica requiere de un presupuesto necesario. Este presupuesto es la existencia de un objetivismo moral, aunque más no sea mínimo, ya que

Si no fuera así, esto es, si pensáramos que no cabe ningún tipo de objetividad en relación con el discurso que apela a valores morales, entonces lo que estaríamos haciendo es abrir un enorme hueco de arbitrariedad en la construcción de la teoría del Derecho y alentando también a una práctica jurídica (en especial la judicial)

abusiva, puesto que el ejercicio de su poder sería necesariamente arbitrario, ya que no cabe control racional a propósito de los valores (Atienza, 2017, p. 137).

Pero es un objetivismo moral que no necesariamente se confunde con el realismo moral y que se diferencia, tajantemente, con un absolutismo moral.

El objetivismo moral neoconstitucional es sometido a una discusión racional y supone una concepción falibilista de la corrección moral, por lo tanto, que asumimos que nuestro conocimiento de los valores morales no es perfecto.

Entre las diferentes alternativas para procurar el objetivismo moral mínimo es posible transitar el camino a través del constructivismo ético, involucrando a los interesados a través de reglas racionales de participación, para así proveerlo de mayores garantías (García Figueroa, 2019).

Carlos Nino (Nino, 1989) afirma que, entre el constructivismo ontológico de John Rawls, que identifica a la verdad moral con el resultado del consenso, y el constructivismo epistemológico de Jürgen Habermas, para quien el consenso es un instrumento para la búsqueda de principios válidos, existe la posibilidad de distintas combinaciones de tesis. Entre ellas, la del propio Nino.

Si podemos tomar esto, Nino entiende que la democracia – cuando se maximizan las condiciones de participación– posee un valor epistemológico como método que permite conocer los principios morales y se convierte en un sucedáneo del discurso moral.

Este discurso moral “es una práctica social dirigida a obtener consenso unánime acerca de ciertos principios que sirven de justificación última de acciones e instituciones” (Nino, 1989, p. 126).

Pero no siempre el discurso moral resulta efectivo, porque no siempre es posible la regla de la unanimidad. En tales casos, es necesario exigir lo que más se aproxime al consenso unánime que, de mínima, resulta de la simple mayoría. Y cuanto mayor sea el grado de adhesión, mayor será el grado de aproximación al discurso moral y la legitimidad de los principios morales a los que se acceden.

Por lo tanto, mientras el discurso moral es un procedimiento de justicia procesal pura perfecta, en el sentido que la validez de

sus resultados está supeditada al seguimiento de sus reglas, la democracia es un procedimiento de justicia procesal pura imperfecta, en tanto sus reglas implican un apartamiento del proceso ideal, pero, a la vez, constituye una forma regimentada de discusión cuando el discurso moral no es operativo.

La validez moral de las decisiones tomadas a través del procedimiento democrático, entonces, no es plena, sino que tendrá mayor o menor grado de validez según se aparte en mayor o menor medida de las reglas del discurso moral originario.

Por otro lado, Nino no desacredita la posibilidad de acceder a los principios morales de manera individual, pero la debilita al sostener que no resulta posible desprenderse de los propios intereses y, en consecuencia, elaborar los principios morales de manera completamente imparcial.

De lo que se trata es de brindar una herramienta para lograr construir, de manera racional y no arbitraria, un objetivismo mínimo que fundamenta la unidad de la razón práctica. La adopción de una postura constructivista, al recurrir a los participantes en un discurso, se refiere a un hecho contingente y reconoce nuestra propia contingencia, a la vez que le otorga un carácter dinámico (García Figueroa, 2009a).

Al mismo tiempo, el constructivismo no es un modelo monolítico, pero parece representar la mejor propuesta ética para guiar la argumentación jurídica en el Estado Constitucional, abandonando cualquier compromiso metafísico o religioso, convirtiendo a la moralidad en argumentación –es decir, en un procedimiento–, logrando que las normas sobre las que se apoya la argumentación jurídica encierren una pretensión de corrección común a la argumentación moral (García Figueroa, 2014b).

La idea de García Figueroa es que esto da cuenta de la transacción que, en esta teoría particular y pragmatista del Derecho, llevan adelante el constitucionalismo y el constructivismo. Ahora,

Por efecto de la constitucionalización de los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales (más específicamente por la incorporación de contenidos morales), el Derecho se ha aproximado a la moral; y la moral, por efecto de la centralidad de las teorías éticas discursivas y en general constructivistas, se ha aproximado al Derecho. El constitucionalismo (en cuanto

teoría que sirve de cobertura para la justificación de la constitucionalización de los sistemas jurídicos) ha contribuido a moralizar el Derecho mientras paralelamente el constructivismo ético en su vertiente discursiva ha contribuido a juridificar la moral (García Figueroa, 2009a, p. 44).

Si se presta atención a todo lo que se dijo hasta este punto, se notará que una consecuencia clara es que el derecho normativizado del Estado Constitucional incorpora, a través del constructivismo ético, una dosis de dinamismo que se vuelve necesario en las sociedades marcadas por el hecho del pluralismo. En esta transacción, el neoconstitucionalismo como teoría del derecho responde a un determinado momento histórico con sus específicas concepciones del Derecho mismo y de la moral, y se justifica sobre bases pragmatistas (García Figueroa, 2009a).

IV. Cómo opera la constitucionalización y convencionalización desde el derecho como práctica argumentativa.

1. Los elementos jurídicos para operar el derecho constitucionalizado

Es intuitivamente obvio que el Derecho opera con normas jurídicas en sentido amplio. Si así no lo fuera, tampoco hubiese sido correcto hablar del Derecho como un caso especial del discurso práctico general. Pero lo que me interesa resaltar ahora es que, en el Estado Constitucional, el derecho opera con la Constitución –y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a ella– como fuente directamente operativa por el efecto de erradicación al que ya se hizo referencia. Pero todavía queda tomar posición sobre el tipo o modelo de Constitución de los Estados Constitucionales.

Paolo Comanducci distingue cuatro posibles modelos de Constitución, entre los cuales me interesa particularmente el denominado modelo axiológico de Constitución como norma. En este modelo, la Constitución designa

Un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento que, respecto a las otras reglas jurídicas, son fundamentales (es decir, fundantes de todo el ordenamiento jurídico

y/o jerárquicamente superiores a otras reglas) (...) «con la condición de que posean determinados contenidos a los que se atribuye un valor específico» (Comanducci, 2007, p. 44)

Este valor específico atribuido al contenido de la Constitución es lo que la distingue de otros documentos normativos y, en especial, de la ley. Y si bien es cierto que también es posible identificar corrientes del neoconstitucionalismo que adoptan un modelo descriptivo de Constitución como norma³, personalmente no creo que sea posible un Estado Constitucional donde la relevancia constitucional está dada únicamente por su jerarquía dentro del ordenamiento jurídico sin otorgar ningún “valor específico” a los principios que contiene.

Los principios que contienen las Constituciones del Estado Constitucional son materializaciones de valores que, en cuanto tales, están estrechamente relacionados con la moral. Esto exige un particular método de interpretación constitucional distinto del de la ley.

Adoptando un modelo axiológico de Constitución como norma, toda la legislación es una actuación de la Constitución y, por lo tanto, debe ser interpretada a la luz de sus contenidos. Sus principios, que no necesariamente se formulan de modo expreso, pueden reconstruirse tanto desde el texto como con su prescindencia. La relación entre la Constitución y la democracia opera en un doble sentido: por un lado, existe una relación necesaria entre la democracia como isonomía y la Constitución, por lo que no puede existir Constitución sin democracia, ni democracia sin Constitución. Por otro lado, es la misma

³ El modelo descriptivo de Constitución como norma, al igual que el modelo axiológico de Constitución como norma, “designa, en esta acepción, un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento que, respecto a las otras reglas jurídicas, son fundamentales (es decir, fundantes de todo el ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a otras reglas)” (Comanducci, 2007), pero a diferencia de éste, no posee contenidos a los que se les otorgue un valor específico. Una Constitución concebida de esta forma sólo significaría, en su interpretación, una relación de grado respecto de la ley e imposibilitaría una lectura moral de la misma. Como se va a ver más adelante, esta posición si bien representa la unidad del discurso jurídico, no hace lo propio en relación al discurso práctico y, desde la posición concebida en este trabajo, se entiende que la unidad del discurso jurídico y del discurso práctico no pueden fragmentarse. Como sostenía Carlos Nino (2014), y se verá, hablamos de la “no insularidad del discurso jurídico”.

Constitución la que limita a la democracia y a la regla mayoritaria.

Comanducci, en lo que aquí interesa, sostiene que la Constitución

Abre el sistema jurídico a consideraciones de tipo moral, en un doble sentido: 1) los principios constitucionales son principios morales constitucionalizados; y 2) la justificación en el ámbito jurídico (sobre todo la justificación de la interpretación) no puede dejar de recurrir a principios morales (Comanducci, 2007, p. 53).

Así planteada la cuestión, también debo dar la razón a la crítica de Pozzolo (2010) al neoconstitucionalismo como teoría, porque tomar partido por un modelo axiológico de Constitución como norma, la teoría del neoconstitucionalismo debe abandonar su pretensión descriptiva del objeto Constitución y reconocer su carácter performativo, ya que el neoconstitucionalismo, sincerándose, no parte del objeto Constitución sino de un modo de concebir el objeto Constitución.

También hay que decir que es cierto que el llamado neoconstitucionalismo formalista no define ni intenta establecer cuáles son los contenidos sustanciales exigibles, cuya determinación queda en cabeza del Constituyente, por lo que también postula en su tesis la separación entre el derecho y la moral (intrínseca y objetiva). Pero no es menos cierto que no desconoce la existencia de un plano ético, aunque lo ubique fuera del concepto de Derecho (Gil Domínguez, 2009).

Más allá de ello, el neoconstitucionalismo –tanto formalista como ético– resignifica el rol de la ciencia jurídica que ya no sólo debe ser descriptiva de su objeto, sino que, además, pasa a ejercer una función crítica y práctica (Gil Domínguez, 2009).

Entonces los elementos con los que se opera en el Estado Constitucional a través de la teoría neoconstitucional del Derecho son, fundamentalmente las reglas y los principios constitucionales que, con relación al resto de la normatividad de un ordenamiento jurídico, poseen un valor especial.

Si aceptamos que estas reglas y principios con un valor especial se combinan con la fuerza vinculante de los contenidos constitucionales, estamos dando un paso más hacia un método que nos permita operar el derecho del neoconstitucionalismo.

2. *El neoconstitucionalismo y el Derecho en acción.*

Con todo lo que recogimos hasta este momento –es decir, que el Derecho es una práctica argumentativa y que el neoconstitucionalismo es una teoría particular para el Derecho del Estado Constitucional que va a operar, principalmente, con reglas y principios constitucionales a los que les va a dar algún valor axiológico especial–, la pregunta es por el tipo de argumentación jurídica de este neoconstitucionalismo. Dicho de otra manera, la pregunta es sobre cómo se van a dar razones en el plano justificativo de que las decisiones tomadas son conformes a una filosofía del Estado justo.

Así como fue seguida la teoría razonable y abierta del Derecho de García Figueroa (2019), también será seguido el desarrollo que consecuentemente nos propone para la argumentación jurídica en un Estado Constitucional.

Lo primero para tener en cuenta es que si bien, en general, el neoconstitucionalismo mantiene una tesis fuerte de distinción entre normas y principios, la intención nuestra será la de sostener que las normas jurídicas cuentan con una propiedad disposicional a ser derrotables, y esto vale tanto para unas como para otros.

Los principios juegan un papel de eficacia extensiva sobre el ordenamiento jurídico (García Figueroa, 2010), desde que el Estado Constitucional se encuentra totalmente impregnado por las normas constitucionales (Atienza, 2010; Guastini, 2009) que irradian su contenido a todo el ordenamiento jurídico.

Pensemos ahora, si se quiere, en el artículo 1° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina que sostiene que “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”. También pensemos en su artículo 2°, que establece que “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. Y además pensemos en la misma Constitución Nacional cuando en su artículo 31 dispone que “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación”.

Con estas incorporaciones al derecho común y con el principio de supremacía constitucional, el discurso jurídico presenta su unidad o, si se quiere, su no insularidad (Nino, 2014), a la que como veremos, se le añade el razonamiento práctico.

Ahora tenemos en las propias disposiciones civiles, directrices hermenéuticas que mandan a incorporar los principios en la interpretación de la legislación común. Como bien sostienen Chaumet y Meroi, “El 'nuevo código' asume estas características de constitucionalización del derecho y de una normatividad con una creciente presencia de reglas indeterminadas, principios y directrices” (Chaumet & Meroi, 2016). Este es el elemento que, además, va a darle a nuestra propuesta argumentativa una legitimación normativa.

Veamos ahora, entonces, cómo juega la regla hermenéutica señalada en torno a la propiedad disposicional de las normas a ser derrotables.

Siguiendo dentro del ámbito del derecho común, y ensayando una especie de paráfrasis del ejemplo que nos brinda García Figueroa (2010), podemos preguntarnos por la regla del artículo 1978 del Código Civil y Comercial de la Nación que prohíbe, excepto que una ley local disponga otra cosa, que en los muros linderos no pueden tenerse vistas que permitan la visión frontal a menor distancia que la de tres metros.

Este tipo de normas, que divide el universo de manera binaria –más de tres metros, menos de tres metros–, si es tomada desde una aplicación formalista no presenta mayores problemas. La norma se cumple o no se cumple y cada una de estas posibilidades tiene una consecuencia ineludible. Incluso en la misma norma encontramos su única excepción, determinada *ex ante*, para una aplicación subsuntiva sin mayores inconvenientes –la norma local que pudiera establecer otro criterio–.

Pero nosotros nos queremos mover dentro del Estado Constitucional que, sabemos, reclama una legitimidad sujeta a exigencias prácticas de justificación. Y supongamos, como hipótesis, la siguiente pregunta ¿qué ocurre si se ha abierto una ventana a 2,98 metros del inmueble lindero y ésta es la única posibilidad de ventilación de un hogar en el que vive una madre soltera, con muchos hijos e hijas, entre los cuales algunos poseen graves problemas de salud y en situación de indigencia? ¿Sería razonable que la autoridad estatal que deba decidir sobre la apertura de esa ventana pueda desentenderse de otros

principios que evidentemente deberían operar más allá de la normatividad expresa de la ley?

En este caso parece razonable poder invocar distintas disposiciones como el artículo 14 bis de la Constitución Nacional (“la ley establecerá [...] el acceso a la vivienda digna”), el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (reconoce el derecho de toda persona “a un nivel de vida adecuado que le asegure [...] en especial la alimentación, el vestido, la vivienda”), el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (los Estados parte “reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”), entre otras, y si sólo consideramos el caso desde el derecho a la vivienda. Porque la situación descripta, claro está, podría invocar aún más principios constitucionales y convencionales.

La alternativa del neoconstitucionalismo y de la adopción de la tesis de la derrotabilidad, permite que estos principios y la regla del artículo 1978 del Código Civil y Comercial se reformulen como una nueva norma integrada por ambas disposiciones y escapar de la fragmentación del discurso jurídico que implicaría la aplicación aislada de la regla del artículo 1978.

Entonces, la norma N1 podría redactarse así: “En los muros linderos no pueden tenerse vistas que permitan la visión frontal a menor distancia que la de tres metros, salvo cuando la prohibición vulnere el derecho a la vivienda digna”.

Esto demuestra dos cosas. La primera es el efecto irradiación de los principios en un ordenamiento constitucionalizado. La segunda, consecuencia de la primera, es la unidad del discurso jurídico que ese mismo efecto irradiación genera.

Ahora bien, N1 se ha convertido en una nueva regla. Y si los principios forman parte de la norma N1, construida también con la regla del artículo 1978 del Código Civil y Comercial, resulta que N1, también podría ser derrotable. Lo que se está sosteniendo es que, en un ordenamiento constitucionalizado todas las normas lo son.

Por ejemplo, a la norma N1 se le podrían seguir incorporando nuevos enunciados que fueran alternando la polaridad del consecuente y aquí reside, en efecto, la disposición a la derrotabilidad. Esto trae otra consecuencia que es que no existe posibilidad de clausura total de la norma.

Pero también puede ocurrir que la disposición normativa deba construirse no ya en base a una regla y un principio, sino con dos principios o más. Los principios

No dividen el universo de casos relevantes en dos partes para asignar consecuencias jurídicas a los supuestos situados a uno y otro lado de esa línea nítida. Más bien se trata de una orientación que debemos seguir como hacemos con ciertas máximas morales que ni siquiera sabemos muy bien en qué casos habrán de ser aplicadas. (García Figueroa, 2010, p. 196).

Aquí hay otra pauta que podemos valorar y es que, si se considera que una norma jurídica es derrotable cuando las excepciones a su aplicación no se pueden determinar de manera exhaustiva *ex ante*, es decir, al momento de ser concebido jurídicamente –como sí ocurre con la referencia a la legislación local en el caso del artículo 1978 del Código Civil y Comercial–, entonces los principios lo son.

En el caso de los principios, García Figueroa recurre a un conocido ejemplo de Robert Alexy sobre la lesión del derecho al honor a un oficial alemán parapléjico y su colisión con la libertad de expresión, ya que el hecho determinante de la lesión se produce a través de una publicación en la prensa escrita. El caso lleva el nombre “Titanic”, debido al nombre de la revista (García Figueroa, 2009a).

Larga historia hecha corta, la revista se había referido a un ex oficial alemán condenado por crímenes de guerra como “nacido asesino” y luego como “tullido”. El Tribunal Constitucional Federal Alemán entendió que llamarlo “nacido asesino” es una lesión leve del derecho al honor del oficial, y que, en este supuesto, la protección al honor no puede prevalecer sobre la lesión grave del derecho a la libertad de expresión invocado por la revista. Pero, por el contrario, haberlo llamado “tullido” sí constituye una lesión grave al derecho al honor y aquí la protección de éste prevalece sobre el derecho a libertad de expresión de la revista.

En el caso de los principios, se ve entonces que

Dado que tomamos en consideración la intensidad de la lesión de los derechos en conflicto, y que los ponderamos (...) no siempre que el derecho al honor de alguien es afectado, debe ser indemnizado y ello

porque las excepciones no pueden ser determinadas exhaustivamente *ex ante* en el sistema jurídico. La norma es derrotable. (García Figueroa, 2009a, p. 156).

Volviendo al caso de la ventana, el aspecto central en esta concepción sobre la derrotabilidad de las normas radica en comprender que la norma N1 se ha construido de tal forma que ahora la regla del artículo 1978 del Código Civil y Comercial no puede ser interpretada sin atender a los principios que han sido incorporados y que contienen el sintagma “vivienda digna”. Esto nos obliga a argumentar moralmente –de otra manera no es posible hacerlo– sobre el significado de “dignidad”. Consecuentemente, si debo argumentar moralmente los principios que constituyen N1 y condicionan la aplicación del artículo 1978 del Código Civil y Comercial, significa que no es posible argumentar la propia regla del artículo 1978 del Código Civil y Comercial sin argumentar moralmente.

De todo este camino argumental, resultan con claridad las tesis que fundamentan la argumentación jurídica que es propuesta en este trabajo, ambas conexas, como lo son la tesis del caso especial y la tesis de la eficacia irradiante. El debilitamiento de la distinción entre reglas y principios ha sido una herramienta útil para ello, si hemos asumido la derrotabilidad de cualquier enunciado normativo.

Pero, además, este camino pone de manifiesto la pretensión de corrección del derecho para buscar soluciones no solamente justas, sino también coherentes con la teoría del derecho neoconstitucional propuesta.

De todo este largo derrotero cabe destacar que surge no sólo la unidad del razonamiento jurídico –su no insularidad– sino también la del razonamiento práctico.

Por otro lado, creo importante hacer foco en la imprevisibilidad que surge de la aplicación de juicios prácticos. Por ejemplo, en la determinación conceptual de qué es vivienda digna y en la imposibilidad de determinar *ex ante* todas las excepciones posibles a la norma. Una vivienda puede ser digna para un tiempo y un lugar determinado y no para otro. Aquí adquiere importancia la transacción del neoconstitucionalismo entre el derecho rígido y la incorporación, a través del constructivismo ético de una dosis de dinamismo.

Ahora bien, también es necesario para esta transacción determinar “quién” decide lo que sea una vivienda digna y

“qué” propiedades deberán confluír en los imprevisibles casos futuros.

Con relación a quién decide, habiendo tomado como referencia el constructivismo ético de Carlos Nino, la respuesta no es otra que los participantes del discurso moral a través de un procedimiento racional. Con relación a qué propiedades influirán en los casos que pueden presentarse en el futuro, el principio del holismo de las razones nos indica que “una razón sólo puede determinarse en cada caso porque tal polaridad depende de la interacción de las diversas razones relevantes en el caso concreto y no podemos conocer qué constelación de razones se formará en el futuro” (García Figueroa, 2010, p. 197). En definitiva, ni el quién ni el qué es determinable de antemano, pero el carácter derrotable de las normas permite resolver la cuestión a través de razones prácticas.

Por otro lado, la razón práctica es también un instrumento para administrar la derrotabilidad de las normas. Si las normas son sometidas a la razón práctica general, son inteligibles y, por lo tanto, su aplicación se puede mantener “bajo control”. Y si esta razón práctica se concibe en términos constructivistas, seguir el procedimiento discursivo por parte de los participantes en el discurso garantiza la justicia del resultado.

Retomando la tesis de la pretensión de corrección como el razonamiento moral necesario cuando la decisión no puede adoptarse sólo con base en razones procedentes del derecho positivo, sino que es la guía racional para llevar adelante la labor de brindar justificaciones sobre bases éticas, se puede decir que “si el Derecho cobra sentido sólo en la medida en que lo contemplemos argumentativamente (en que sea operativo), entonces sólo manteniendo cierta corrección (manteniendo su disposición a ser empleada argumentativamente), podrá una disposición legal funcionar como jurídica” (García Figueroa, 2009a, p. 170).

Según la tesis de la pretensión de corrección, todo acto de habla normativo presenta una pretensión de corrección y no es posible formular juicios prácticos sin esta pretensión. Una norma sin pretensión de corrección incurre en una contradicción performativa que se da en su interior. Por ejemplo, piénsese que la norma sea “No piense en un elefante”, en cuyo caso por razones psicológicas sería imposible cumplir la norma sin incumplirla. O bien la sentencia que diga “la persona traída a juicio será castigada injustamente con prisión” (García Figueroa, 2014a, p. 213).

Alexy, en su tesis de la pretensión de corrección, utiliza el constructivismo ético para fundamentar teóricamente que el razonamiento jurídico se vincula al razonamiento práctico y, para ello, recurre a la teoría de Habermas. Con ella reconoce que todo acto de habla tiene un carácter performativo y que más allá de que los distintos actos de habla siguen distintas reglas, al fin y al cabo, todo acto de habla cuenta con una pretensión de validez, esto es, que exista una coherencia en lo expresado, de manera tal que la comunicación no sea deficiente por su propia contradicción. Esta es, además, la consecuencia de concebir al lenguaje como algo más que descriptivo, haciendo hincapié en su carácter pragmático. Y si volvemos la mirada al plano regulativo del lenguaje, la norma que presente este tipo de fallas conceptuales está desprovista de pretensión de corrección y no resulta operativa (García Figueroa, 2014a). Queda aquí también evidenciada la conexión conceptual del Derecho con la Moral.

En su momento dijimos que la tesis de la pretensión de corrección es el fundamento de la tesis del caso especial. El razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general que se especifica por su sometimiento institucional. Es decir, que, ante todo, el razonamiento práctico se da dentro de un orden.

El razonamiento práctico, desde el plano interpretativo y a partir de la adopción de una posición constructivista como la de Nino (2014), supone que los materiales jurídicos deban convertirse en proposiciones que permitan su uso en este tipo de razonamiento. A este proceso de asignarle significado proposicional a los materiales jurídicos para el caso, Nino lo llama “interpretación”, pero lo que interesa aquí no es desarrollar la teoría interpretativa de Nino sino presentar al constructivismo como material desde el que es posible amalgamar todas estas tesis que se han desarrollado.

V. No podemos huir de las críticas.

Oportunamente se dijo que la juridicidad indisponible del neoconstitucionalismo que fue presentado, se identifica mayoritariamente con los derechos fundamentales y con los derechos humanos y que, al relacionarse con las demás características del Estado Constitucional, presentaba una dificultad que debemos afrontar.

El dilema es que el ideal neoconstitucionalista presenta una tensión con la democracia, en tanto la ley es el producto institucional de la regla de la mayoría y, como vimos, puede ser

interpretativamente derrotada. Desde luego que circunscribir la democracia a la regla de la mayoría –algo que, por lo demás, no cuenta con muchos adeptos a esta altura– seguramente no pareciera ser la forma adecuada de abarcar la integralidad del concepto, pero es el punto que interesa destacar cuando se habla de objeción democrática.

El modelo de Estado Constitucional limita la posibilidad de producción del legislador a una Constitución que ha invadido casi todas las posibilidades de regulación. Pero, además, deja en manos de unos pocos jueces la decisión sobre la validez –formal y sustancial– de las leyes emanadas del Congreso. Y más aún, estos pocos jueces deben decidir en base a formulaciones de principios cada vez más abstractos e imprecisos, para lo cual se apartan del viejo método subsuntivo propio del positivismo para embarcarse en el método de la ponderación (García Figueroa, 2009b).

El primer problema que plantea la objeción democrática es el de la proliferación de principios y reglas constitucionales que vedan cada vez más la posibilidad de actuación legislativa. Pero no pareciera ser en sí mismo un problema en tanto ¿qué son los principios plasmados en la Constitución sino también una manifestación de la mayoría democrática? El hecho de existir mecanismos institucionales más gravosos para producir reformas en el texto constitucional no pareciera alcanzar la entidad suficiente como para ser una objeción fuerte, en tanto puede decirse que es una circunstancia que no escapa al propio pueblo que decide la incorporación de principios constitucionales precisamente teniendo en cuenta esa rigidez.

Pareciera que un problema mayor es el de la imprecisión de los principios constitucionales y, consecuentemente, la ampliación de la discrecionalidad judicial. Esta cuestión merece una mayor atención.

A esta objeción de carácter político, el neoconstitucionalismo responde con una reformulación teórica del Derecho y de su interpretación que, siguiendo otra vez a García Figueroa, puede resumirse en “máxima actividad jurisdiccional, pero nulo activismo” (García Figueroa, 2019), lo que también puede integrarse desde la perspectiva iusfilosófica como elemento del Estado Constitucional como Estado justo.

Esta respuesta teórica y metodológica implica, como se dijo oportunamente, adoptar una posición con perspectiva argumentativa del Derecho y considerarlo como una técnica para la solución de problemas prácticos.

Y si bien la propuesta argumentativa de Alexy quedará para otra instancia, porque lo que interesa señalar aquí es que las tesis del caso especial y de la pretensión de corrección, además de la toma de posición respecto al Derecho y su vinculación con la moral y del constructivismo ético como parámetro del objetivismo moral mínimo, nos da la posibilidad de encontrar una limitación, cuanto menos axiológica, pero con cierto grado de certeza, a la discrecionalidad de los jueces. Y esto es una forma de reconciliar al neoconstitucionalismo y al Estado Constitucional con el principio democrático a través de la argumentación jurídica. Si el Estado de Derecho exige razones en la toma de decisiones, el “déficit de legitimación democrática del juez se compensa así mediante un principio de legitimación argumentativa o racional” (Prieto Sanchís, 2010) y permite, dentro de un espectro de soluciones constitucionalmente posibles, la elección de aquella que en base a las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso logre la mayor realización de los derechos fundamentales (García Figueroa, 2019).

También hay que destacar que el Estado Constitucional pone de relieve la importancia de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales; y el resguardo de la Constitución del Estado Constitucional requiere que exista un mecanismo institucional que permita desligarla de la suerte que mayorías circunstanciales con poder político puedan hacerla correr. Los derechos fundamentales encierran, bajo una concepción realista, una fuerte contradicción: son profundamente democráticos y son profundamente antidemocráticos. Aseguran el desarrollo y la existencia de las personas y desconfían del proceso democrático (Alexy, 2009).

Quizás no con carácter decisivo, pero sí como elemento de mucho peso, el Estado Constitucional y el principio democrático concilian con un tipo de juez que, entonces, brinda razones. A decir de Alexy

Un Tribunal Constitucional que intente responder seriamente no pretenderá situar su concepción en contra de la del legislador, sino que más bien aspirará a una representación «argumentativa» de los ciudadanos por oposición a su representación «política» en el Parlamento. Cuando triunfa la representación argumentativa, triunfa la reconciliación. (Alexy, 2009)

VII. Consideraciones finales.

Recapitulando, se dijo que el neoconstitucionalismo es una filosofía de un modelo de Estado justo que se identifica con el Estado Constitucional de Derecho. También se dijo que entre los elementos que constituyen ese modelo de Estado se encuentran la existencia de normas constitucionales –reglas y principios– que están garantizadas jurisdiccionalmente y que se encuentran jerárquicamente por encima de las leyes, irradiando con fuerza vinculante a todo el ordenamiento jurídico, siendo de aplicación directa, y a cuya luz debe darse la interpretación de la ley.

La fundamentación iusfilosófica de estos fenómenos del modelo, siguiendo a Prieto Sanchís, fue que, si el Estado Constitucional se identifica con un Estado justo, también es justo que el Poder Judicial pueda fiscalizar la realización de las reglas y principios constitucionales aún, incluso, supliendo al legislador. O en su contra, sostuvimos oportunamente junto a Gil Domínguez.

Y ese Estado Constitucional y Justo que impregna de normas fundamentales y de derechos humanos a todo el ordenamiento jurídico y hace derrotables todas sus normas, necesitó de una teoría del derecho que le posibilite operar con los nuevos materiales jurídicos. Esta teoría neoconstitucional es argumentativa, porque ante la ampliación de la discrecionalidad pretende brindar razones de cómo y por qué se decide lo que se decide. Esta teoría, también, es argumentativa porque los principios constitucionales son principios morales y se exige, ahora, argumentar moralmente. Por eso, también, esta teoría se presenta como jurídica, pero como un caso especial del razonamiento práctico general que, además, tiene una pretensión de corrección. Y es, por último, apoyada por el constructivismo ético porque cree en el diálogo racional para alcanzar verdades morales que, cuanto menos, al ser aceptadas en un procedimiento regimentado y claro, posee un mínimo de objetividad.

Si bien se ha tratado de pintar a brocha gorda, es decir, que no se han podido profundizar cada uno de los aspectos abordados en este trabajo, espero que al menos sirva como un mapa que muestra una forma (de las tantas posibles) de pararnos frente al derecho del siglo XXI, que es el derecho de los derechos humanos y, por ende, el derecho de los Estados constitucionalizados. Porque también creo que le asiste la razón a Gil Domínguez cuando sostiene que

La fuerza normativa de la Constitución se proyecta al ordenamiento secundario (civil, comercial, penal, laboral, administrativo) de forma tal que este último sólo será válido en la medida que cumpla con los requisitos formales y constitucionales. Por dicho motivo, en un Estado Constitucional de derecho, no puede hablarse de un derecho de familia sino de un derecho constitucional de familia, ni de un derecho administrativo sino de un derecho constitucional administrativo, y así sucesivamente, con todos los ordenamientos secundarios (Gil Domínguez, 2009, p. 20).

Bibliografía.

- Aguiló Regla, J. (2010). Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y concepciones de la Constitución. En M. Carbonell & L. García Jaramillo (Eds.), *El canon neoconstitucional* (1.^a ed., pp. 247-263). Trotta.
- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del Derecho* (1.^a ed.). Marcial Pons.
- Alexy, R. (2009). Los derechos fundamentales y Estado Constitucional democrático. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (4.^a ed., pp. 31-47). Trotta.
- Alexy, R. (2017). *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (3.^a ed.). Palestra.
- Atienza, M. (1999). El Derecho como argumentación. *Isegoría*, 0(21), 37-47. <https://doi.org/10.3989/isegoria.1999.i21.76>
- Atienza, M. (2006). *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Ariel.
- Atienza, M. (2010). Constitucionalismo, Globalización y Derecho. En M. Carbonell & L. García Jaramillo (Eds.), *El canon neoconstitucional* (pp. 264-281). Trotta.
- Atienza, M. (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Trotta.
- Chaumet, M., & Meroi, A. (2016). Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado: ¿será en definitiva el derecho solo el juego de los jueces? *Jurisprudencia Argentina*, 8.
- Comanducci, P. (2007). Modelos e interpretación de la Constitución. En M. Carbonell (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo* (pp. 41-67). Trotta.
- Comanducci, P. (2009). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (4.^a ed., pp. 75-98). Trotta.
- CSJN, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”.
- Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta.

- García Figueroa, A. (2009a). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Trotta.
- García Figueroa, A. (2009b). La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (4.^a ed., pp. 159-186). Trotta.
- García Figueroa, A. (2010). Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica. En M. Carbonell & L. García Jaramillo (Eds.), *El canon neoconstitucional* (pp. 185-207). Trotta.
- García Figueroa, A. (2014a). ¿Hacen los jueces justicia? Sobre principios y reglas. En M. Gascón Abellán (Ed.), *Argumentación Jurídica* (pp. 192-220). Tirant lo Blanch.
- García Figueroa, A. (2014b). ¿Qué justicia hacer? El constructivismo ético o la moral como argumentación. En M. Gascón Abellán (Ed.), *Argumentación Jurídica* (pp. 317-341). Tirant lo Blanch.
- García Figueroa, A. (2019). En defensa de “neoconstitucionalismo” y del neoconstitucionalismo. *Revista i-Latina, 1*.
- Gil Domínguez, A. (2009). *Escritos sobre neoconstitucionalismo*. Ediar.
- Gil Domínguez, A. (2012). Estado Constitucional de Derecho. *La Ley, C-385*.
- Gil Rendón, R. (2011). El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. *Quid iuris, 12*, 43-61.
- Guastini, R. (2009). La «Constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (4.^a ed., pp. 49-73). Trotta.
- Nino, C. S. (1989). *El constructivismo ético*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del Derecho*. Astrea.
- Nino, C. S. (2014). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Siglo veintiuno.
- Pozzolo, S. (2010). La concepción neoconstitucionalista de la Constitución. En M. Carbonell & L. García Jaramillo (Eds.), *El canon neoconstitucional* (pp. 165-184). Trotta.

Prieto Sanchís, L. (2010). Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos). *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 461-506.

Vigo, R. (2010). Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional. *La Ley*, A-1165.