
LA EXPLICACIÓN TRADICIONAL DEL DERECHO Y LOS DESAFÍOS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

JUAN B. ETCHEVERRY*

Después de la Segunda guerra Mundial, varias Naciones Europeas llevaron adelante un proceso de reordenación política por medio del cual pasaron del tradicional Estado de Derecho formal a un Estado material de Derecho¹. Dicho cambio se caracteriza por la incorporación en las constituciones de: (i) derechos fundamentales (humanos o morales) recogidos como principios que vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como Derecho directamente aplicable; y (ii) sistemas de control judicial de constitucionalidad.

Este fenómeno, denominado “neoconstitucionalismo”, se ha expandido sobre buena parte del mundo occidental. Si bien, como es sabido, algunos países occidentales ya poseían prácticas constitucionales que incorporaban derechos fundamentales y sistemas de control de constitucional desde el siglo XIX, quienes se han ocupado de este fenómeno en estas naciones han puesto su atención sobre el alcance del control judicial de constitucionalidad. Entre otras cosas, los principales defensores de esta posibilidad han reconocido que los contenidos materiales recogidos en los textos constitucionales requieren una “lectura moral de la constitución”².

Históricamente, el modelo “neoconstitucionalista” se ha desarrollado en debate contra un modelo puramente legalista, al que busca superar. Este debate puede ser sintetizado con cuatro formulas que reflejan el cambio de un modelo por otro: (i) valor en lugar de norma; (ii) ponderación en vez de subsunción; (iii) omnipresencia de la Constitución en vez de independencia del derecho ordinario; (iv) omnipotencia judicial apoyada en la Constitución –sobre todo de los tribunales con jurisdicción constitucional– en lugar de la autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución³.

Con este trabajo buscamos iluminar cómo el fenómeno neoconstitucionalista repercute en la práctica de nuestro Derecho. Para ello, explicaremos estas cuatro fórmulas, conectando dichas explicaciones con las siguientes cuatro preguntas: (i) ¿cómo afecta la práctica del Derecho la necesidad que tienen los operadores jurídicos de aplicar principios?; (ii) ¿qué implicancias tiene que el Derecho no pueda ser aplicado de modo “me-

* Investigador del CONICET y Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Austral. jbetcheverry@austral.edu.ar

1 Cfr. E.W., Böckenförde, “Entstehung und Wandel des Rechtsstaatbegriffs”, in Ehmke, H., Schmid, C. y Scharoun, H. (eds.), Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt, 1969, 53-76. Traducción al castellano de Agapito Serrano, R. de, “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho”, en Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, Trotta, Madrid, 2000, 17.

2 Cfr. R. Dworkin, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, en R. Dworkin, Freedom’s Law, Cambridge, Harvard University Press, 1996, 1-38.

3 Cfr. R. Alexy, *Der Begriff und Geltung des Rechts*, Friburg/München, Verlag Karl Albert, 1992. Traducción al castellano de J. M. Seña, *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Barcelona, Gedisa, 1994, 159-177.

cánico”?; (iii) ¿qué supone que los operadores jurídicos pueden distinguir entre ley, derechos y justicia?; y (iv) ¿qué consecuencias tiene que el Derecho deje, en algunas ocasiones, márgenes de discrecionalidad a los operadores jurídicos?

No sólo un sistema de reglas, sino también un sistema de principios

Muchos sistemas jurídicos occidentales hacen referencia o incorporan un gran número de estándares valorativos de decisión jurídica. A modo de ejemplo, puede advertirse cómo la Constitución de Estados Unidos de América establece, en su octava enmienda, que no se infligirán penas “cruels e inusuales”. Otro ejemplo puede encontrarse en el artículo 1 de la Constitución Alemana que establece que: “La dignidad humana es inviolable. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”. La Constitución de la República Oriental del Uruguay también recoge este tipo de estándares. Por ejemplo, en su artículo 8 establece “Todas las personas son iguales ante la ley”. La Constitución argentina no es una excepción en este sentido. Como ejemplo, basta con nombrar su artículo 14 bis que establece que se le asegurarán al trabajador condiciones “dignas y equitativas de labor”.

Más aún, estas prácticas constitucionales establecen estos principios –y muchos otros– “como test explícitamente morales de juridicidad que requieren que los jueces y abogados se involucren con argumentos morales sustantivos cuando deciden cuestiones de validez jurídica”⁴.

Esto muestra una concepción que considera al Derecho en parte relacionado con la moral. En otras palabras, este tipo de sistemas jurídicos recepta algunos límites al Derecho positivo vinculados a los derechos fundamentales (humanos o morales). Para que tenga sentido la recepción de este tipo de derechos, éstos no pueden ser definidos de un modo meramente positivo; esto sucede ya que, en dicho caso, los derechos humanos resultarían degradados a meras concesiones de la autoridad, revocables, y, por lo tanto, perderían su naturaleza absoluta⁵.

Lo anterior supone que los operadores jurídicos no sólo aplican reglas, sino también principios. Los principios suelen ser generales y abstractos y no tienen una consecuencia jurídica concreta y determinada como las reglas. Por otra parte, los principios tienen una dimensión de “peso e importancia” que las reglas no tienen. A diferencia de lo que suele ocurrir con las reglas, la aplicación de los principios no se realiza “a todo o nada”. La aplicación de los principios admite grados de cumplimiento y, por ello, cuando en un caso dos principios entran en conflicto, el encargado de dirimirlo ha de tener en cuenta el “peso relativo” de cada uno de ellos⁶.

Claramente, la aplicación de los principios exige un tipo de razonamiento que no es meramente formal o no valorativo. De hecho, también la aplicación de las reglas depen-

4 W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 140.

5 Cfr. R. Spaemann, *Das Natürliche und das Vernünftige*, München, Piper, 1987. Traducción al castellano de D. Innerarity and J. Olmo, *Lo natural y lo racional*, Madrid, Rialp, 1989, 91.

6 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1979, 24-26. Sobre la distinción entre principios y reglas cfr., entre otros, J. Cianciardo, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 108 (2003), 891-906.

de de un tipo de razonamiento práctico valorativo, porque la validez de dichas reglas depende de su compatibilidad con algunos principios. En suma, los principios se deben tener en cuenta incluso para subsumir un caso a una regla.

La aplicación del Derecho requiere un tipo de razonamiento práctico que no es meramente formal o no valorativo

Como ha sido explicado, los sistemas jurídicos neoconstitucionalistas se encuentran abiertos a argumentos valorativos. Esto puede ser claramente advertido si se tiene en cuenta que incorporan derechos fundamentales. Dichos derechos han sido receptados como principios, renunciándose de este modo a definirlos en forma clara y precisa. En cambio, su intensidad y alcance se dejan abiertos y, por tanto, necesitados de balance, peso o ponderación. Por un lado, debido a su contenido, estos principios exceden los tests de origen o pedigrí meramente formales, a los que pueden ser sometidas las reglas⁷. Por otra parte, la necesidad de ponderación para la aplicación de los principios requiere un tipo de interpretación diferente al propuesto por el modelo de la subsunción.

¿Qué supone que el Derecho no pueda ser aplicado de un modo “mecánico” o “no valorativo”? Si bien los principios son generales y abstractos, no conllevan, necesariamente, discrecionalidad o arbitrariedad. En realidad, la incorporación de estos principios implica la aceptación de algún tipo de objetivismo o cognitivismo ético; ya que, si no fuesen en alguna medida objetivos, su aplicación dependería únicamente del mero arbitrio de los jueces. Esto ha sido reconocido incluso por los teóricos del Derecho que suelen ser escépticos de cualquier tipo de relación entre el Derecho y la moral⁸.

Omnipresencia de la Constitución

El hecho de que el contenido material o sustantivo de la Constitución funcione como test de validez de las normas infra-constitucionales supone un importante límite al poder del Derecho ordinario. Por ello, puede decirse que el contenido material o sustantivo de la Constitución se vuelve omnipresente en todo acto de creación y aplicación del Derecho. Esto supone reconocer el “efecto de irradiación” (*Ausstrahlungswirkung*) que produce la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico.

Una de las consecuencias de lo anterior es que los operadores jurídicos pueden distinguir entre ley, derechos y justicia. Esta distinción supone que, en la práctica del Derecho, los operadores jurídicos deben ser conscientes de que: (i) el conjunto de materiales normativos con los que disponen para resolver conflictos no sólo cuenta con reglas, sino también con principios; (ii) toda aplicación e interpretación de las reglas ha de ser compatible con los principios constitucionales; y (iii) el razonamiento que tienen que hacer para aplicar tanto las reglas como los principios resultará en alguna medida valorativo y, por tanto, no será mera y exclusivamente formal.

7 Cfr. *Ibid.*, 43.

8 Cfr. W. Waluchow, *op. cit.*, 122, 184-185 y J. Raz, “Incorporation by Law”, *Legal Theory* 10 (2004), 10-12.

Por otra parte, el paso del tradicional Estado formal de Derecho al Estado material de Derecho, propio del neo-constitucionalismo, se caracteriza no sólo por la incorporación de derechos fundamentales (humanos o morales) en las cartas constitucionales, que obligan como Derecho directamente aplicable, sino también por sistemas de control judicial de constitucionalidad.

Los tribunales tienen un lugar especialmente relevante dentro de los poderes políticos

Todo esto coloca a los tribunales encargados de ejercer el control de constitucionalidad en un lugar especialmente relevante dentro de los poderes políticos. Esto desafía toda distinción tajante entre creación y aplicación del Derecho y supone cambios para la concepción estricta del principio de división de poderes⁹.

¿Supone todo esto que los jueces con jurisdicción para realizar el control de constitucionalidad tienen absoluta discrecionalidad al dictar sentencia? ¿Implica este cambio en el principio de división de poderes que los sistemas jurídicos neo-constitucionalistas han optado por el gobierno de los jueces en lugar del gobierno de las leyes?

Si bien el tipo de razonamiento que parece requerir la aplicación de principios puede ser en alguna medida constructivo, esto no implica que resulte necesaria o plenamente libre. En algunas oportunidades, dicha construcción requiere, meramente, especificar las razones que indican cómo decidir en estos casos. En otras oportunidades, esta tarea constructiva puede implicar la elección entre diferentes opciones, todas ellas razonables o correctas. Para aclarar esta idea, puede decirse que esta tarea constructiva puede suponer un tipo de trabajo en el que sólo se cuenta con los lineamientos generales sobre cómo ha de ser realizado y, por lo tanto, resulta necesario definirlo o determinarlo por medio del razonamiento práctico¹⁰. Como se ha sugerido, la incorporación de principios en la Constitución supone la aceptación de algún tipo de objetivismo o cognitivismo ético, sin el cual la existencia de los principios no tendría sentido¹¹. Por otra parte, resulta inimaginable un sistema jurídico en el que todas las respuestas jurídicas estén contenidas en la Constitución y que no deje un espacio o margen para la creación discrecional de otras normas o para el ejercicio de las funciones de otros poderes. Por ello, el poder de los jueces no tiene por qué prevalecer sobre el de los otros poderes políticos sin ningún tipo de límite o control, de modo que terminen volviéndose innecesarios o superfluos.

9 En tiempos de la Convención Federal norteamericana de 1787, la concepción de la división de poderes que prevaleció fue la popularizada por James Madison y que proponía un sistema de “frenos y contra pesos” entre los tres poderes. Al respecto, cfr. *The Federalist Papers*: No. 47. En los últimos años, algunos académicos pertenecientes a esta tradición han comenzado a cuestionar la legitimidad del sistema judicial de control de constitucionalidad, a diferencia de lo que ocurre en la tradición europea continental. Por ejemplo, cfr. M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, New Jersey, 1999 y J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, New York, 2001.

10 Cfr. J. B. Etcheverry, *Objetividad y determinación del Derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Granda, Comares, 193.

11 Cfr. P. Zambrano, “Antipaternalismo y antiperfeccionismo en John Rawls y Ronald Dworkin”, *Boletín mexicano de derecho comparado* 113 (2005), 869-887.

¿Cómo afecta el neoconstitucionalismo a la práctica del Derecho?

A modo de conclusión podemos decir que la práctica del Derecho en tiempos del neoconstitucionalismo requiere tener presente que los sistemas jurídicos usualmente: i) están formados no sólo por reglas, sino también por principios capaces de guiar, dirigir y ofrecer respuestas como Derecho directamente aplicable; ii) establecen que la validez de sus reglas no depende sólo de su corrección formal, sino también de su compatibilidad con los contenidos materiales o sustantivos de la Constitución; iii) reconocen algunos contenidos jurídicos indisponibles o capaces de limitar las reglas establecidas por la autoridad; iv) suavizan toda distinción categórica entre Derecho y moral; v) asumen que la aplicación de las normas requiere un tipo de razonamiento práctico que no es meramente formalista y no valorativo, ni irracional o puramente voluntarista, sino necesitado de deliberación y argumentación; vi) tienen un contenido material que resulta omnipresente en todo acto de creación y aplicación del Derecho; vii) relativizan toda distinción tajante entre creación y aplicación del Derecho; viii) otorgan un lugar especial a los tribunales con jurisdicción constitucional dentro de los poderes políticos; y ix) limitan el control judicial de constitucionalidad de modo que los otros poderes no se vuelven innecesarios o superfluos¹².

12 Cfr. R. VIGO, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo: Riesgos y prevenciones", in E. Ferrer Mac-Gregor and A. Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador VI*, UNAM-Marcial Pons, México, 2008, 403-451.