

DE LOS DIFERENTES ENFOQUES PARA UNA CONSTITUCIÓN

APPROACHES TO THE CONSTITUTION

Juan Claudio Morel¹

RESUMEN: En este artículo me propongo explicar de qué manera distintas formas de pensamiento inciden en el texto de una Constitución ya sea en su redacción o en su interpretación para asumir medidas de gobierno, de modelos de legislación y de juzgamiento o simplemente la opinión de la sociedad de su tiempo.

Palabras clave: concepción; enfoque; ley natural; ley humana; ley eterna; ley positiva; Constitución.

SUMMARY : I propose to explain how different ways of thought the law, affects the text of a Constitution, whether in its text or its interpretation to assume government measures, legislation and judging models, or simply the opinion of each society at its time.

Keywords: conception; approach; natural law; human law; eternal law; positive law; Constitution.

¹ Doctor en Derecho. Universidad de Alicante. Profesor Titular. Intr. Cas PP y Derecho Constitucional. UNICEN sede Tandil/Argentina.

1 INTRODUCCIÓN

En este artículo se habla de concepciones sobre la Constitución, esto es lo que se piensa que es una Constitución y luego lo que se piensa que debe ser su aplicación de acuerdo también a las ideas vigentes en la época. No es lo mismo la protección constitucional del niño o la mujer en este siglo, que en 1853 cuando los constituyentes escribían la primera Constitución argentina vigente, vale observar solamente que en aquel tiempo no hubo mujeres entre los constituyentes y en la actualidad las mujeres son legisladoras y constituyentes o integrantes del poder judicial. Los tiempos han cambiado y con ello la idea general sobre lo que una Constitución es, o debiera ser, o lo que nosotros pensamos que debiera ser. Ahora bien, esas ideas generales responden a corrientes de pensamiento que están bien delimitadas en sus contornos y que responden a toda una forma de ver al mundo y la vida, ya sea desde visiones cristianas o ateas; taoístas o aborígenes; evangélicas o agnósticas por citar algunos ejemplos que vienen a la memoria en este momento. Y se enmarcan en distintas corrientes de pensamiento o de saberes de salvación tales como el positivismo y el jusnaturalismo de los que posteriormente derivan las diferentes concepciones sobre la Constitución.

Explicar este último contrapunto es la finalidad, para que se pueda apreciar que las ideas que subyacen en la letra de cada Constitución no son inocentes ni culpables, que no son abstractas, sino que responden a toda una visión del mundo primero y de la Nación después, motivo por el cual se ha perfeccionado una Constitución que se mira en los grupos de poder y presión que de forma directa o por lobby hacen incorporar en su letra. Vale adelantar algunos debates tales como la incorporación del sostenimiento del culto católico² y la cláusula sobre el derecho de réplica con tanto debate en 1992 que tuvo por protagonista a uno de los mejores constitucionalistas de la Argentina: Miguel Ángel Ekmedjan que llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que se hiciera lugar su reclamo³ y sea considerado en el futuro⁴, desde 1992, parte del plexo jurídico constitucional, posteriormente incluido en la reforma de la de 1994.

Al final, debiera quedar claro en qué consisten las dos ideas centrales que dan título a esta clase: el “jus naturalismo” y el “jus positivismo” y su relación con el carácter de Derecho Positivo que tiene toda Constitución escrita.

2 DE LAS CONCEPCIONES

La primera idea que surge de este título es que hay diferentes concepciones en el momento de concebir una Constitución. Esto que parece obvio, sin embargo, es frecuente que pase desapercibido y se disimule que siempre el texto final es un promedio de las distintas ideas que pugnan por reflejar su testimonio en el texto constitucional. No hay que perder de vista que finalmente el articulado constitucional surge del poder que se manifiesta por medio del voto en una Asamblea Constituyente. Y así como hay disposiciones que se aprueban otras se descartan. Pero no son ideas abstractas, sino ideas concretas defendidas por representantes o convencionales de distintos grupos de poder que pugnarón por hacer triunfar sus posiciones en las que algunos indefectiblemente ganan y otros pierden.

2 Artículo 2 Constitución argentina.

3 CSJN fallos Tomo 315, p.392. In re “Ekmedjan vs Sofovich, Gerardo s/ D. de Replica” <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/ekmedjian-v-sofovich/?lang=es>.

4 <https://www.jstor.org/stable/40176340> (Ingl).

Estas posiciones son alimentadas por concepciones sobre la naturaleza de la Constitución, sea generales o particulares. En consecuencia, son posturas rivales de presencia obvia en cualquier debate sobre esta naturaleza, el problema surge cuando aparecen lecturas diferentes sobre el mismo texto. Vale como ejemplo que una cuestión es debatir si se debe sostener el culto católico apostólico romano⁵ en el artículo 2° de la Constitución argentina, y otra muy distinta es discutir distintas lecturas sobre el artículo 2°. Una discute la esencia misma y la otra da por sentada la esencia y discute su alcance por ejemplo si un Obispo debe recibir un sueldo pagado por el Estado. La perspectiva es parecida, pero sin embargo es de una diferencia radical porque en el primer caso se trata de un principio y en el segundo de una regla o a lo sumo de una propiedad⁶. Y los principios gobiernan a las reglas y no al revés. Distinguir las distintas concepciones es fundamental, como se puede ver, porque unas prevalecen sobre otras según el lugar que ocupen en este reparto y se aplican de diferente manera⁷.

Las distintas concepciones sobre la Constitución son el alimento del debate intelectual y político de cada siglo. Piénsese el caso de la citada cláusula religiosa, o el del garantismo, el ambientalismo, el feminismo. Una idea sobre el problema lo representa la posición política de asumirla como meras propiedades insertadas en el texto constitucional y otra muy diferente encontrarlas como principios rectores, esto es que en una ponderación deben imponerse sobre el resto, no pueden coexistir con el mismo valor de las demás propiedades, sino que indefectiblemente asumen un desnivel a su favor en caso de peligro institucional como lo fué el caso de la Pandemia de Covid-19 (Coronavirus), incertidumbre, conflicto interno o externo. En otras palabras, no se trata de advertir qué propiedades integran una Constitución (Si la Argentina es una República, si es Federal, etc.) sino de advertir que algunas de las normas constitucionales prevalecen sobre el resto. Tal la importancia de distinguir una concepción de otra entre las ideas que prevalecen en el tiempo que nos toca vivir. Veremos a continuación algunos ejemplos de concepciones que inciden en el formato constitucional.

3 DE LAS DIFERENTES CONCEPCIONES

En este apartado, desarrollamos sumariamente algunos ejemplos sobre distintas concepciones que han admitido su tipificación por su reiteración a lo largo de la historia constitucional de estos últimos dos siglos aproximadamente. Es la vieja pregunta por la legitimación de las prácticas políticas y donde encuentran no solo su justificación sino su explicación. En otras palabras, se trata de ideas que persiguen suministrar técnicas para saber cómo se debe interpretar, analizar o diseñar una Constitución.

Por estas razones y la vastedad del campo de estudio, no trata este análisis de ejercer pretensiones para un desarrollo exhaustivo, sino meramente enumerativo y con la finalidad de brindar ejemplos para exhibir las diferentes concepciones en un formato de marco teórico. Después de todo, de eso trata la Universidad, de ofrecer formatos o instrumentos teóricos que hagan asequible la infinita conducta humana cuando se manifiesta en forma social o colectiva.

En lo que sigue de este punto 3, seguimos a un autor español⁸ que ha sintetizado cuidadosamente algunas de las concepciones referidas y que por lo tanto se resume y traduce a un lenguaje más sencillo y asequible. Con esta advertencia, en las siguientes

5 Debate sobre el artículo 2°CN.

6 DWORKIN, Ronald. Un tema de principios. Harvard UP. Cambridge, 1985.

7 ALEXY, Robert. El concepto y la validez en el Derecho. Barcelona: Gedisa 1997, p.75.

8 AGUILÓ REGLA, Josep. Cuatro pares de concepciones opuestas a la Constitución. En: *Fragments para una teoría de la Constitución*. Madrid: lustel, 2007, p.23.

páginas, presentamos las siguientes concepciones: mecanicistas, normativa, procesal, sustantiva, política y jurídica que ni agota ni pretende agotar todas las concepciones posibles, solo exhibir las más comentadas.

3.1 Concepción mecanicista

La primera de estas concepciones o formas de interpretación de la Constitución que se presenta es la concepción mecanicista. Enfatiza que la eficacia de una Constitución depende del adecuado diseño institucional para la política y la justicia que se encuentre en el articulado constitucional. Si una constitución realmente es eficaz (alcanza sus fines y realiza sus valores) tiene un diseño que permite desalentar las conductas contrarias a la Constitución porque serán imposibles o altamente improbables.

Se llama mecanicista porque trata de establecer una conexión que se denomina “mecánica” por su carácter causal o cuasi causal entre el diseño institucional de los poderes (Poder Legislativo, Poder Judicial, por ejemplo) que representan los “medios” en este caso y la eficacia de la Constitución misma que en este ejemplo asume el papel de “fines” de la Constitución en el momento de ser concebida por los constituyentes, por ejemplo la inclusión del Pacto de Derechos Humanos de San José de Costa Rica en la Reforma de 1994, se trataba de reforzar el carácter democrático de la sociedad argentina para el futuro. El medio, es la novedad de la presencia de un verdadero anexo en el texto constitucional argentino, que incluyó a todos los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y como anexo que es integra ahora el texto constitucional, forma parte de la Constitución misma sin necesidad de reenvío. Por esa razón, desde la Reforma de 1994, este Pacto de San José de Costa Rica, firmado en 1984 por el Gobierno argentino y ratificado su ingreso como derecho argentino positivo vigente, tiene jerarquía constitucional porque el fin es hacer realidad la política de los Derechos Humanos en todo el territorio argentino. La consecuencia “mecánica”, “mecanicista” o “causal” entre fines y medios o dicho en otra forma, entre la eficacia de los valores impregnados en la Constitución (por ejemplo, los Derechos Humanos) y el diseño correcto de los órganos de poder que los deberán aplicar, es tan importante para esta concepción que relativiza la dimensión normativa.

3.2 Concepción normativa

En esta concepción, se pone el acento en que la eficacia de una Constitución depende más de su capacidad para regular la conducta de los sujetos importantes de realizar la eficacia con prohibiciones y establecimiento de deberes. Lo importante en esta posición es que la conducta desviada aparezca claramente identificada en el orden jurídico como conducta cuya realización entraña una consecuencia punitiva (causas de corrupción y consecuencia de cárcel) y que la conducta deseada por el orden jurídico aparezca como debida para el ciudadano, por ejemplo, mantenerse en su casa y sin salir a la calle en caso de la declaración de una cuarentena para conjurar una epidemia. No se pone énfasis en la regulación constitucional sino en la regulación posterior (el Código Penal y los delitos contra la democracia, el jury de enjuiciamiento para Jueces de conducta desviada). Se enfatiza la regla de control antes que la regla y el principio constitucional.

3.3 Concepción procesalista

La tercera de estas concepciones en el orden de exposición es la procesal, procesalista o también denominada procedimental⁹. El autor que ha enseñado esta concepción, John Rawls, distingue tres tipos de concepciones de tono procesal y que consecuentemente da lugar a tres tipos de justicia procesal: pura, perfecta e imperfecta. Los dos primeros son vistos

como infalibles si se cumple su condición: seguir el procedimiento, el último no. Veamos la razón por la cual este autor nos hace esta triple propuesta:

3.3.a Justicia Procesal Pura

Esta concepción nos indica que se mantiene todo dentro del proceso, todo está contenido y depende del proceso. Así, una sentencia es justa (la sentencia es la conclusión o resultado de un proceso judicial, es el final de un expediente y con ello se clausura, en principio, el proceso) cuando está dada por el cumplimiento estricto del procedimiento dispuesto para el caso. En otras palabras, la justicia de un resultado está dado exclusivamente por el procedimiento seguido para obtenerlo ... "un procedimiento imparcial hace imparcial el resultado solo cuando es efectivamente observado"¹⁰... Los criterios de interpretación también están dentro del proceso, todo está en el proceso, no se debe buscar nada fuera del proceso porque nada hay fuera de él.

En un enfoque más coloquial, el diálogo con un alumno debería ser presentado en tales términos:

Quiere tener justicia? Pues entonces, siga el procedimiento (hay una demanda y una contestación de demanda, medidas de prueba, alegatos y sentencia) Si Ud. quiere justicia, fíjese cuál es el procedimiento e ingrese en él y despreocúpese, el procedimiento hace todo por Ud. y en el final el resultado será infaliblemente justo, contenido en una sentencia que no tendrá errores ni injusticias porque la sentencia resume y contiene un procedimiento que fue estrictamente seguido y por ello el resultado es la justicia. No existe el mundo, solo existe el proceso que el expediente refleja y contiene y que es la única evidencia de su desarrollo y cumplimiento. El operador lo único que puede mirar es el proceso y por ello debe tener la vista fija en el expediente sin que sea necesario mirar el mundo que lo rodea. ¿Ud quiere ser justo en el otorgamiento del régimen comunicacional de los hijos para el papa o mama divorciados? Siga el procedimiento a pie juntillas que al final Ud. tendrá justicia.

3.3.b Justicia Procesal Perfecta

Esta concepción es parecida a la anterior, sólo que nos presenta una variante que por ser sencillo de explicar no es menos radical. Aquí sí podemos buscar criterios orientadores fuera del proceso, se trata también de un procedimiento infalible que conduce a un resultado justo, *pero sigue criterios independientes del proceso*. Este subrayado es la única y fundamental diferencia. Todo es igual, sólo que el operador puede buscar criterios orientadores fuera del expediente, es decir que se puede buscar la justicia fuera del proceso. En otras palabras, se sigue enfocando el expediente pero sin esperar solamente que llegue justicia a partir del cumplimiento del procedimiento en forma estricta, sino por el acercamiento de criterios para operar que están en el mundo, y fuera del proceso. El operador aquí puede mirar para los costados y aplicar en un proceso las justas proporciones de las cosas que tiene a su alrededor o cualquier otro criterio que lo ayude a darle a cada uno lo que corresponde. En el ejemplo del caso anterior: ¿Ud quiere ser justo en el otorgamiento del régimen comunicacional de los hijos para el papa o mama divorciados? Pues entonces, siga el procedimiento a pie juntillas, pero mire para los costados, tome ejemplos de la vida, mire otros divorcios, fíjese en su matrimonio o

9 RAWLS, John. Teoría de la Justicia. FCE México, 1979, p.106 citado por AGUILÓ REGLA, Josep. Op. Cit., p.31 y ss.

10 RAWLS, John. Teoría de la Justicia. FCE México, 1979, p.106 citado por AGUILÓ REGLA, Josep. Op. Cit., p.31 y ss.

en el de sus amigos, recuerde otros expedientes en los que intervino, consulte la jurisprudencia y lea la doctrina y al final Ud. tendrá justicia. Por estas razones se dice que este tipo de justicia es una variante de la concepción mecánica o mecanicista que vimos en páginas anteriores.

3.3.c Justicia Procesal Imperfecta

Esta concepción acepta que un proceso puede no ser infalible y por lo tanto seguirlo a pie juntillas no es garantía segura de llegar a un resultado justo. El procedimiento solo puede crear una tendencia de:

[...] resultados justos, pero no es infalible, no es posible diseñar un procedimiento que asegure la justicia del resultado en todos los casos; es decir hay criterios independientes del procedimiento para valorar la justicia del resultado y el procedimiento, aunque esté especialmente diseñado para producir dichos resultados justos no puede asegurar el valor de los mismos [...].¹¹

Para comentar este caso, vale la pena recordar cualquiera de las películas en las que Hollywood nos recuerda la condena de un inocente, con estricto cumplimiento del procedimiento. Nos viene a la memoria la película “El crimen de Cuenca¹²” en la aparece con vida años después, quien había sido tenido por muerto y se tiene que producir la liberación del condenado por el crimen. Hubo otro caso conocido en estos días sucedido en Oklahoma en 1974 en los que se condenó a un inocente que transcurrió 48 años en prisión hasta que se dictó su libertad¹³. En el expediente no había una sola evidencia sobre las torturas recibidas por el reo para dar confesión sobre el asesinato y hasta lo describió con lujos de detalles, pero este nunca había existido (sino está en el expediente no está en el mundo, porque después de todo el procedimiento es infalible). Se siguió estrictamente el procedimiento, se llegó a un resultado y se condenó, ergo se hizo justicia. Sólo que el muerto estaba vivo y se había casado en otro pueblo, situaciones posibles en la España de principios del Siglo anterior donde las comunicaciones no son las de hoy.

3.3.d Resumen

Llegados a este punto, le pregunta es cómo se relaciona esta concepción con el orden constitucional. Sucede que la Constitución también tiene procedimiento. ¿Alguien nos puede asegurar que el historial de Jury de enjuiciamiento¹⁴ a todos los magistrados se ha realizado correctamente siempre y que su procedimiento se ha respetado con criterios internos o externos? ¿Que el Consejo de la Magistratura arribó siempre a conclusiones justas? ¿Suponemos que el procedimiento se ha seguido siempre, pero ello nos asegura el desarrollo de un resultado justo, aún más, de un proceso justo? ¿La destitución de jueces de la Corte Suprema de Justicia en los años posteriores al menemismo fue justa¹⁵? ¿La designación de

11 RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. FCE México, 1979, p.106 citado por AGUILÓ REGLA, Josep. Op. Cit., p.32.

12 OLIVER OLMO, Pedro; GARGALLO VAAMONDE, Luis. «Tortura gubernativa y Estado liberal». En OLIVER OLMO, Pedro (Ed.). *La tortura en la España contemporánea*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2020, p.23-84. Vd reseña: <https://doi.org/10.1387/hc.22570>.

13 Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/articulos/c72yzn7v11yo>.

14 Artículo 115 CN Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el artículo 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal. Su fallo, que será irrecurrible, no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios. Corresponderá archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez suspendido, si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo. En la ley especial a que se refiere el artículo 114, se determinará la integración y procedimiento de este jurado. Nacional Artículo 115 Constitución Nacional

Jueces para ese Tribunal a fines de 2015 fue justa habiendo sido realizada por Decreto¹⁶?. ¿Seguir el procedimiento constitucional de sanción y aprobación de leyes es una garantía de actuación justa del Estado frente a la comunidad a la que se debe¹⁷?

3.4 Concepción sustancial

La cuarta de estas concepciones en el orden de exposición que se propone en esta clase es la sustancial o de principios. Y que Aguiló Regla denomina “sustantivismo constitucional”¹⁸, en el que entiende que esta es una teoría que

[...] no niega el valor del “procedimiento” que enfatizaba la concepción anterior, como condición necesaria para la justicia de un resultado, lo que niega es su carácter de condición suficiente. Por ello, en general, el sustantivismo concede una presunción (pero solo una presunción) en favor de los resultados obtenidos siguiendo el procedimiento considerado justificado [...].¹⁹

Pero es indudable que mantener el ideal democrático, el de igualdad ante la ley, la condición de que todos los votos valen por uno en una democracia sin importar distinciones de ningún tipo importa una sustancia o principios que son los mencionados, pero requieren de una forma o procedimiento: elecciones libres. No se puede una cosa sin la otra. Si las elecciones son fraudulentas se alteran los principios o la sustancia de la Constitución porque sus valores son democráticos, por más que se cumplan con todas las formas del procedimiento hay algo que es fundamental, las elecciones tienen que arrojar la verdadera voluntad del pueblo de elegir a uno u otro. Por ello no alcanza sólo con un procedimiento perfecto que arroje resultados perfectos, también alcanzan los valores perseguidos: se trata de elegir a un presidente por cuatro años o a un canciller para siempre como en Alemania en 1933 o en Rusia en 1917.

Naturalmente las críticas a esta concepción vienen del mismo lugar: Según una autora argentina²⁰, que hace una acertada crítica a Dworkin²¹, este modo de entender la democracia no puede dar cuenta del hecho:

[...] que los sistemas políticos, no obstante ser democráticos, muchas veces toman decisiones injustas. Si se subordina la legitimidad del procedimiento a la justicia de sus resultados, llevando el razonamiento al extremo, ningún sistema político que adoptara decisiones que, desde cierta concepción de la justicia se estimaran incorrectas, podría ser considerado un régimen democrático [...].²²

15 Artículo 53. CN Sólo ella (Cámara de Diputados) ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes. <https://www.jstor.org/stable/20454358>

16 Decreto PEN 83/2015. BORA 15/02/2015. <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-288291-2015-12-15.html>; <https://www.senado.gob.ar/prensa/14013/noticias>.

17 Ver artículos 77 a 84 CN. Capítulo V De la formación y sanción de las leyes.

18 AGUILÓ REGLA, Josep. Cuatro pares de concepciones opuestas a la Constitución. En: *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: lustel, 2007, p.32.

19 Ibí AGUILÓ REGLA, Josep. Cuatro pares de concepciones opuestas a la Constitución. En: *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: lustel, 2007, p.32.

20 MORALES, Leticia. *Derechos sociales legítimos: La justificación de su protección constitucional en las sociedades democráticas*. Tesis doctoral. UPF. Barcelona, 2012, p.233.

21 DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and the Constitution: We the People in Court?. *Alberta Law Review*, v.28, n. 2, 1990, p.324-346 citado por MORALES, Leticia. Op Cit., p.234.

Además, votar cada dos años no es garantía de la existencia de una democracia plena, porque son muchos otros los derechos que pueden ser vedados a cada uno de los inscriptos en el padrón electoral. Ni tampoco votan todos y los porcentajes varían según la Nación de que se trate.

Finalmente, se trata de elegir un procedimiento que mejor defienda las ideas sustanciales de la constitución y que el legislador debe promover y no disminuir.

3.5 Concepción política vs concepción jurídica

Las dos últimas de estas concepciones son la política y la jurídica y las tratamos en un solo título porque llevan una exposición de mejor desarrollo el trato conjunto de ambos extremos. Como dice Aguilò Regla²³, es frecuente leer en los medios y hasta oír en el lenguaje de todos los días que tal o cual Constitución es una constitución política. Parece obvio porque todas las constituciones del mundo abordan el tema político, sino qué otros temas pueden abordar. Es lógico observar que todas las constituciones cumplen funciones políticas y jurídicas simultáneamente, sólo que algunas tienen predominio en uno y otro sentido. Así se dice, siguiendo a Aguilò²⁴, que una constitución juega un papel más político que jurídico cuando sus normas no penetran en el pensamiento jurídico ordinario de manera que las mismas no se definen como susceptibles de ser aplicadas e interpretadas por los jueces o aun los abogados en sus presentaciones. Por esa razón los operadores en un caso y en otro tienen también diferente prevalescencia. Mientras en las políticas los operadores son los políticos a través de sus partidos y el Gobierno; en las jurídicas siempre hay un jurista que es operador. Ello porque la materia judicial juega en este último caso un rol fundamental al ser los Tribunales de Justicia el intérprete final de la Constitución que al menos en nuestra región siempre se ha mostrado permeable a la influencia del Poder Ejecutivo.

4 JUSNATURALISMO Y JUSPOSITIVISMO

4.1 Introducción

En este apartado explicaremos las ideas que están tras las bambalinas y todavía no han salido a escena, son las que vienen por detrás de las concepciones, las que las animan y de las que no se habla, pero están presentes en cada palabra del articulado de una Constitución. Por lo tanto, iniciamos este último tema, que es el central de este trabajo, con una metodología que presenta dos facetas. Primero se realiza una explicación rápida y sencilla con las notas de un autor que ha tenido la virtud de presentar este debate con notas de una neutralidad que es útil para estos fines expositivos.

Posteriormente, invertiremos los fines de la exposición y presentaremos autores que no son neutrales y que por el contrario estaban comprometidos con las ideas que exponían y aun se pueden leer en sus obras que han quedado para la posteridad y para que sigamos aprendiendo. Tomaremos por caso, a un autor jusnaturalista y a otro positivista, lo suficientemente testimoniales como para considerarlos representativos y daremos una nueva

22 MORALES, Leticia. *Derechos sociales legítimos: La justificación de su protección constitucional en las sociedades democráticas*. Tesis doctoral. UPF. Barcelona, 2012, p.234.

23 MORALES, Leticia. *Derechos sociales legítimos: La justificación de su protección constitucional en las sociedades democráticas*. Tesis doctoral. UPF. Barcelona, 2012, p.233.

24 MORALES, Leticia. *Derechos sociales legítimos: La justificación de su protección constitucional en las sociedades democráticas*. Tesis doctoral. UPF. Barcelona, 2012, p.52 y ss.

explicación sobre el particular. Seguramente el lector de esta publicación, destinada a un público universitario variado y no necesariamente jurista, va a encontrar identificación con algunas de las dos corrientes, quizás pueda encontrar aspectos preferentes, pero lo importante es hacer el esfuerzo por tenerlas presente durante todo el año para comprender, la manera que cada discurso va a estar teñido de los prejuicios que una y otra teoría asume. De esa manera será posible contar con herramientas de análisis útiles a todo tipo de aproximación teórica. Por ejemplo, qué concepciones de las vistas en las páginas anteriores están alimentadas por una u otra teoría. En otras palabras, qué constituciones son capaces de presentar a la sociedad en la que viven, los que militan en una y otra teoría.

4.2 Presentación del tema con pretensiones de neutralidad

Seguimos en este punto, fundamentalmente a un conocido maestro argentino del Derecho Constitucional²⁵, que analiza y explica brevemente estas dos escuelas teóricas con la ventaja de presentar una posición neutral sobre este contrapunto tan polémico en la historia del Derecho y del Derecho Constitucional, con decisiva influencia en el tema que nos ocupa.

Con las advertencias del caso, vale iniciar la exposición con el Derecho Natural, históricamente anterior por más de dos mil años al Derecho Constitucional, y a la aparición de la primera constitución escrita a fines del siglo XVIII, ya sea que se tome la Constitución norteamericana o la francesa.

En la Edad Media

[...] la *lex naturalis* era incluso anterior al Estado y sus reglas estaban por encima de las reglas del Papa o del Emperador, por encima del gobernante y del pueblo soberano; en suma, por encima de la entera comunidad de los mortales [...].²⁶

En frente, la doctrina absolutista que sostenía que la voluntad del príncipe era la fuente de la ley o que todo el derecho provenía del monarca, se trataba de un Derecho escrito en cedulas, comunicaciones y otros medios que exhibían un solo poder que se expresaba mediante tales instrumentos por lo tanto el proceso de formación de la voluntad legal era unívoco (Derecho Positivo). El iusnaturalismo indicaba que ...” *todo acto de soberanía que pasase los límites establecidos por el Derecho Natural era formalmente nulo y sin valor*”. Y que el poder del Estado se hallaba bajo las reglas del Derecho Natural²⁷. En otras palabras, se afirma que por encima del Derecho Positivo (ley humana) existe un Derecho Natural, esto es un conjunto de normas y/o principios válidos para todo tiempo y lugar. Además, el Derecho Positivo es Derecho sólo si concuerda (en sus principios fundamentales, al menos) con el Derecho Natural, es decir si es justo²⁸.

Tal estado de cosas, en las que el Derecho Natural prevalece sobre el Derecho Positivo, tuvo consecuencias sobre el movimiento constitucionalista y también sobre las constituciones escritas que se dictarían al calor de estos enfoques. Entre las notas que surgieron, se encuentran las que siguen:

25 SAGÜES, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2004, p.2, párg 3.

26 SAGÜES, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2004, p.2.

27 SAGÜES, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2004, p.3.

28 ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova, 1985, p.43 y ss.

- 1) Hay normas superiores a otras normas jurídicas.
- 2) Si una norma inferior contraviene otra superior es nula.
- 3) La norma inferior debe adecuarse a la superior.
- 4) Hay derechos innatos en el individuo que vienen del derecho natural que no pueden ser alcanzados y menos aún menoscabados por el Derecho Positivo.
- 5) Por ende existen derechos originarios de la comunidad que son previos al Derecho Positivo y por lo tanto tampoco pueden ser tocados por el Derecho Positivo, ni requieren reconocimiento alguno.
- 6) Se reconocen derechos que son del Estado y que tienen una finalidad superior, como el mantenimiento de la paz y la justicia, el bienestar general y la moralidad pública²⁹.

Los juspositivistas, por el contrario, sostienen las siguientes premisas:

- 1) Que el Derecho no es más que el Derecho Positivo, entendiendo por tal el ordenamiento jurídico vigente.
- 2) Que la calificación de un objeto como Derecho es independiente de que sea justo³⁰.

El positivismo jurídico, como toda otra idea cayó en su siembra en todo tipo de tierra. El Tercer Reich tomó al positivismo jurídico al pie de la letra, y llevó a un punto extremista la idea de que *...” el Estado puede ordenar cualquier contenido jurídico, aún aquel que carezca de ética” ...* Con esta concepción de la Ley y del enfoque positivista de lo que la ley debe ser, todo el fundamento jusnaturalista que el Derecho Positivo podía contener se perdía de un solo golpe. Frases que con cierta ironía se pronunciaban con hilaridad o simplemente para graficar una exposición pasaron a ser realidad. Así una orden de matar a todos los pelirrojos o los que midieran menos de un metro setenta podía ser válida siempre y cuando proviniera de quien detenta el poder del Estado. Esta experiencia menoscabó el valor del positivismo como pensamiento *...” cuando el crimen esta contenido dentro de la ley esta deja de ser una expresión positiva del Derecho^{31”...}*

4.2 El Derecho Natural por un jusnaturalista

Seguimos en este punto, a un autor francés³² que fue uno de los exponentes más lúcidos en la Escuela del Derecho Natural del Siglo XX.

El Derecho Natural es en esta inteligencia es la doctrina que nos hace ver que efectivamente deducimos al Derecho de la observación de la naturaleza. De la naturaleza exterior de las cosas, para ello es preciso observar fuera de nosotros mismos no solamente la naturaleza verde como un bosque, sino la naturaleza en el sentido más amplio tales como las personas, la familia, las ciudades, los países y hasta el Estado Moderno. Y si bien han sido los hombres y las mujeres los que han creado esas instituciones lo hicieron con el recurso que da la naturaleza en tanto que la especie humana es parte de la naturaleza. Guardadas las proporciones un hombre o una mujer se desarrollan como un árbol o un animal. De este modo, si los grupos sociales han nacido de manera espontánea (sin proyecto que alguno hubiera pensado, por ejemplo “Gobernar es poblar^{33”)} podremos descubrir que el Derecho es

29 SAGÜES, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2004, p.3.

30 ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova, 1985, p.43 y ss.

31 WELZEL, Hans. *Estudios de filosofía del Derecho y del Derecho Penal*. Montevideo: BdeS, 2004, p.178 y ss.

32 VILLEY, Michel. *Los fundadores de la Escuela Moderna del Derecho Natural*. Buenos Aires: Ghersi, 1978, p.70 y ss.

el interior de tales grupos sociales. No se trata de buscar una norma expresa sino de buscar relaciones justas, justas proporciones, de buenos repartos de bienes realizados entre los diferentes grupos sociales, ya sea en la ciudad, en cada país, en la familia, en la escuela. Para saber lo que es una buena Constitución deberemos buscar un país donde funcione de la misma manera (como Montesquieu con Inglaterra), que para saber cómo es un buen contrato de trabajo tendré que buscar en las sociedades donde funcione correctamente y si funciona correctamente es porque su diseño corresponde a las justas proporciones de las cosas a imagen de la naturaleza que también tiene justas proporciones³⁴.

De esta manera, será posible observar familias con padres tiránicos y rechazaré el modelo por ser antinatural, es decir sin proporciones justas, de la misma manera es posible observar la Constitución de Alemania, Francia o Guatemala y discerniré cual es la más natural. De este modo la sustancia del Derecho resulta claro que nos ha sido dada con ese modelo de familia o Estado y que de acuerdo a una situación de hechos podemos preferir un modelo de familia o de Estado. Como no soy yo quien ha creado esta flor ni tampoco soy yo quien ha creado esa Constitución tan exitosa deberé buscar su modelo. El hombre o la mujer no son los creadores de su Derecho, por el contrario, el Derecho le ha sido dado, de otra manera el Derecho no podría obligarnos. Y esta es la esencia de la doctrina clásica del Derecho Natural, la negación de la tesis que el hombre sea el único autor de su Derecho porque éste no crea normas (al menos las del Derecho Natural) su tarea es descubrirlas, recopilarlas, abstraerlas de las cosas donde ellas nos están dadas. ¿Quién es entonces el autor del Derecho? La naturaleza misma, o sea un Dios ordenador de la naturaleza que es creador de esas justas proporciones presentes en todas las cosas. No se trata aquí del Dios de la misa sino el de los filósofos al cual todos acceden considerando la naturaleza³⁵.

4.3 El Derecho Positivo por un positivista

En la caracterización del Derecho Positivo seguimos a un autor italiano³⁶ notable por su altura intelectual y uno de los que ha dado más savia al árbol del positivismo.

Por positivismo jurídico como modo de acercarse al estudio del Derecho está caracterizado por una clara distinción entre lo que aquí se denomina y distingue como Derecho real y Derecho ideal o en otras palabras el Derecho como valor y el Derecho como hecho, el derecho que es y el derecho que debe ser. El jurista debe ocuparse del Derecho que es, el Derecho como hecho, o sea el Derecho real. Por esa razón se trata de un Derecho científico, sin pretensiones de emitir juicios de valor y por lo tanto con la eliminación de concepciones finalistas. En otras palabras, este enfoque asume que el positivismo asume frente al Derecho una posición a valorativa y éticamente neutral. Es decir que asume como criterio para distinguir una norma jurídica de una norma no jurídica la identificación de hechos verificables por ejemplo que emana del Congreso de la Nación argentina y que fue publicada en el Boletín Oficial, y que para ser aprobada siguió el procedimiento establecido en los artículos 77 a 84 de la Constitución argentina y que están al alcance de todos y todos pueden leerla para verificar y si hay más dudas es posible pedir el expediente o la desgravación de la sesión y constatar su veracidad. En este punto es indiferente la constatación del articulado de una Ley con la adhesión a ciertos tipos de valores. El positivismo rechaza la adhesión a ciertos tipos de fines,

33 ALBERDI, Juan Bautista. *Bases: y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Fundación Bases, 1984, Título XXXI.

34 VILLEY, Michel. *Los fundadores de la Escuela Moderna del Derecho Natural*. Buenos Aires: Ghersi, 1978, p.70.

35 VILLEY, Michel. *Los fundadores de la Escuela Moderna del Derecho Natural*. Buenos Aires: Ghersi, 1978, p.73.

36 BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Eudeba, 1965, p.37 y ss.

por ejemplo, que una ley persiga el bien común o el bienestar general, normas que en este caso serían tomadas por no jurídicas. El jurista positivista no niega que exista un Derecho ideal o natural, previo al positivo. Lo que niega es que tales normas sean Derecho en la misma medida que lo es el Derecho positivo, porque el hecho de no ser vigente es lo que excluye el interés de hacerlo objeto de investigación jurídica³⁷.

5 CONCLUSIONES

Llegados al final de este debate, es preciso volver a la Constitución y tratar de entender para qué sirve este recorrido para terminar en el punto de partida. Y cómo hacer vinculaciones entre lo leído y nuestra Constitución. Tomemos por caso el apartado constitucional que corresponde a los Derechos Humanos, no importa su ubicación, redacción ni extensión. Luego la pregunta es la misma que se formulaban los militantes de una escuela u otra. Y en ese punto es innegable que existe un tránsito entre los Derechos Humanos tal como los concibe el Derecho Natural hasta el momento en que se los escribe en la Constitución y pasan a ser Derecho Positivo vigente. Pero la cuestión filosófica es otra. ¿Cuando un orden normativo como una Constitución escribe los derechos en sus páginas e ingresan en vigencia ya sea por su cumplimiento o por la jurisprudencia o por su resistencia lo que implica reconocimiento? ¿Cuándo se realiza la incorporación de estos Derechos a la realidad de todos los días? Se lo hace cada día que se reclama por apremios ilegales, que se presenta Acción de Amparo por violación de garantías constitucionales, ya sea la mala liquidación de haberes jubilatorios o temas ambientales. Por esa razón otra pregunta es inevitable. ¿Qué es lo que hay en el tránsito de ese trayecto? Reconocimiento de un derecho existente (naturalismo) o un otorgamiento de derechos previos y ya existentes (positivismo). El carácter declarativo y el constitutivo no es lo mismo, el primero reconoce que hay derechos antes del reconocimiento y el segundo que los derechos nacen cuando el Derecho Positivo los reconoce en su orden jurídico³⁸.

Entonces se ingresa al terreno utilitarista, aunque se desconfie de esta legitimación filosófica que es para otra discusión. Las preguntas desde el punto de vista práctico son las que siguen: ¿Que ocurre en un país cuya Constitución se deroga o queda solo con el nombre y se ingresa a perseguir opositores hasta su exterminio? Se trata de una noticia que sale en los periódicos de hoy. Hay millones de migrantes por causas políticas que son de tan notoria evidencia que no requieren una aburrida cita para su constatación, no hace falta ingresar en la página web de la Cruz Roja o de las Naciones Unidas o de la OEA para constatar lo que es evidente en Siria, Afganistán, Iraq, Yemen, Sudan, Etiopia, Ucrania, Chipre, Haití, Venezuela, etc. ¿Qué ocurre con esa Constitución que si está escrita ha quedado como papel mojado? Cuál es la defensa de un ciudadano que ha caído preso de una banda que invoca la representación del Estado como invoca su carácter de simpatizante de un club de futbol. ¿Existen o no derechos con la constitución escrita o sin ella? ¿Qué derechos invoca un abogado defensor de un perdido ciudadano sirio que quiere emigrar a Grecia para evitar su muerte?

Aquí el único positivismo que es posible mantener es uno de tipo voluntarista, pero de nula aplicación práctica. Necesariamente tengo que recurrir a un derecho preexistente, a cualquier derecho que me de cobertura en una situación de esa naturaleza. Con recurrir a derechos preexistentes no solucionamos todo, pero ya es algo y se puede iniciar una demanda internacional al menos.

Por supuesto que nos enrolamos en la tesis que identifica a los Derechos Humanos como derechos preexistentes que no requieren reconocimiento de ningún Estado para su vigencia, existen antes de nuestro nacimiento y a pesar de ello. Y pueden desaparecer Estados o desaparecer constituciones, pero esos derechos siguen existiendo y a ningún tirano le es permitido suprimirlos.

REFERENCIAS

ALBERDI, Juan Bautista. *Bases: y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Fundación Bases, 1984. Título XXXI.

AGUILÓ REGLA, Josep. Cuatro pares de concepciones opuestas a la Constitución. En *"Fragmentos para una teoría de la Constitución"*. Madrid: Iustel, 2007.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez en el Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova, 1985.

BIDART CAMPOS, Germán. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea, 2006.

BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Eudeba, 1965.

CSJN fallos Tomo 315, p.392. In re "Ekmedjan vs Sofovich, Gerardo s/ D. de Replica".

DWORKIN, Ronald. *Un tema de principios*. Cambridge: Harvard UP, 1985.

DWORKIN, Ronald. *Equality, Democracy and the Constitution: We the People in Court?*. *Alberta Law Review*, v.28, n.2, 1990, p.324-346.

MORALES, Leticia. *Derechos sociales legítimos: La justificación de su protección constitucional en las sociedades democráticas*. Tesis doctoral. UPF. Barcelona 2012, pp., 233.

OLIVER OLMO, Pedro; GARGALLO VAAMONDE, Luis. Tortura gubernativa y Estado liberal. En: OLIVER OLMO, Pedro (Ed.). *La tortura en la España contemporánea*. Madrid, 2020.

RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. FCE México 1979, p.106 citado por Decreto PEN 83/ 2015. BORA 15/02/ 2015.

SAGÜES, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2004.

VILLEY, Michel. *Los fundadores de la Escuela Moderna del Derecho Natural*. Buenos Aires: Ghersi, 1978.

WELZEL, Hans. *Estudios de filosofía del Derecho y del Derecho Penal*. Montevideo: BdeS, 2004.

Recebido em: 13.02.2024

Aprovado em: 16.02.2024

Como citar este artigo (ABNT):

MOREL, Juan Claudio. De los diferentes enfoques para una constitución. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.51, p.13-25, set./dez. 2023. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2024/08/DIR51-01.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.