

NEOCONSTITUCIONALISMO

Elegí el desarrollo del Trabajo del neoconstitucionalismo el cual desarrollaré a través de las siguientes páginas.-

La forma y sustancia del Estado ha ido evolucionando con el devenir de los tiempos históricos: del modelo de Derecho Premoderno, pasando por un Estado Legislativo de Derecho, hasta alcanzar la actual formulación del Estado Constitucional de Derecho, al cual lo podríamos denominar Estado Internacional de Derecho.-

El Estado Legislativo de Derecho surge del principio de legalidad como criterio exclusivo del derecho. Una norma jurídica era válida no por ser justa, sino por haber sido puesta por una autoridad que se encontraba dotada de la capacidad de competencia normativa. De este modo la ley era un acto normativo supremo e irresistible al que no era oponible ningún derecho más fuerte.-

Va de suyo que el paso del Estado Legislativo al Estado Constitucional, se dio de una manera progresiva a través del tiempo; en el Estado Legislativo primaba lo que las leyes decían, mientras que en el Estado Constitucional, las normas constitucionales son vinculantes para todos los Poderes del Estado, presuponiendo el carácter normativo de las constituciones, siendo de esta manera la constitución de un carácter normativo y vinculante.-

Para Luigi Ferrajoli: ***“En el paradigma paleopositivista del Estado Liberal, la ley, fuera cual fuera su contenido, era considerada la fuente suprema e ilimitada del derecho. En el paradigma garantista no solamente se programa las formas de producción del derecho mediante normas***

procedimentales sobre la formación de las leyes, sino que además se diseña sus contenidos sustanciales y se lo vincula normativamente con los principios de justicia derivados de los derechos fundamentales inscriptos en las constituciones definidas como un sistema de reglas formales y sustanciales y que en su naturaleza de pacto fundante, esta dirigidos a asegurar la paz y la convivencia civil”

La corriente neo constitucionalista ó constitucionalista surgió tras el final de la II Guerra Mundial, históricamente como consecuencia de los abusos que sufrían los ciudadanos de los Estados; es decir que surge para proteger los derechos y las garantías que tenían los hombres que se encontraban en un Estado, sobre todo en el continente europeo.-

De esta manera se plasma en las cartas fundamentales. Tal fue el caso de constituciones como la de Italia del año 1947, Alemania de 1949, Portugal de 1976, y España del año 1978. Estos fueron los países que sancionaron sus nuevas constituciones bajo este nuevo perfil, en el continente Europeo. En Latinoamérica, fueron las constituciones de Brasil y Colombia de los años 1988 y 1991 respectivamente, las sancionadas en plena consonancia con las cartas magnas anteriormente nombradas.-

De esta manera debe entenderse al Estado Constitucional, como la época en donde las constituciones son de carácter rígidas; están ellas por encima del plexo legal, existiendo una expresa y razonable subordinación de las leyes hacia la constitución: este fue el paradigma que definió al Estado Constitucional.-

Podemos marcar como fundamental y más aun como esencial las siguientes características del Estado Constitucional:

A) La validez de las normas no depende solamente de la forma de producción sino también de la compatibilidad de sus contenidos con los principios constitucionales.

B) La ciencia jurídica adquiere un tono crítico en relación con su propio objeto y persigue la eliminación o corrección de las lagunas y antinomias que surgen de la violación de las prohibiciones y obligaciones de contenidos establecidas por la constitución.-

C) La jurisdicción se robustece por cuanto debe aplicar las normas, siempre y cuando éstas sean formal y sustancialmente compatibles con la constitución.-

D) Se verifica un límite y un complemento para la democracia. Un límite, porque los derechos constitucionales establecidos implican prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes y a las mayorías, que, de no mediar dicha interdicción, alcanzarían el grado de absolutos. Un complemento, porque estas prohibiciones y obligaciones se configuran como garantías de los derechos de todos frente a los abusos de los poderes, que podrían de otro modo fagocitar el propio sistema democrático.

Como lo indica el profesor Español Luis Prieto Sanchis, “neoconstitucionalismo” ó “constitucionalismo contemporáneo”, es la forma como hoy se alude a los distintos aspectos que caracterizan a nuestra cultura jurídica.

Desde la aplicación de la nueva corriente, las constituciones dejan de ser compendios en donde se contemplaba rigurosamente la protección de bienes como la dignidad, libertad, igualdad, estado de derecho, democracia y estado social, y pasan a proporcionar un contenido sustancial al sistema jurídico, materializándose esta circunstancia con la aplicación del derecho a través de la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad, y en una tendencia ínsita que reemplaza la subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una “ponderación” que sopesa valores y principios constitucionales.-

El constitucionalismo en sentido amplio es la ideología que requiere la creación de una constitución, a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo; es así como se conceptúa el constitucionalismo en sentido amplio, mientras que en el sentido restringido debemos entender al constitucionalismo como, la ideología

que requiere una constitución para garantizar los derechos fundamentales frente al poder estatal.-

Pero no podré abordar el tema del neoconstitucionalismo, sin hacer referencia a las tesis de dos grandes jurisconsultos como son Luis Prieto Sanchís, y el de Amado García, a modo de una mejor interpretación desarrollaré, cada una por separado.-

Luis Prieto Sanchís:

Para este profesor español, la constitución es material; la misma está provista de un denso contenido sustantivo, conformado por normas que le dicen al Poder cómo debe organizarse y adoptar sus decisiones, incluso qué es lo que puede y debe decidir.-

La constitución es garantizada y su protección es encomendada a los señores jueces.-

La Constitución es omnipresente, los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva que irradia todo el sistema jurídico. Como consecuencia de ello, la constitución regula plenamente la legislación. Dentro de las constituciones de los derechos, no existe espacio para los legisladores, ya que las mismas regulan todos los espacios que pudiera haber.-

La constitución establece una regulación principalista, en este tipo de regulación se recogen derechos y deberes correlativos, sin especificar sus posibles colisiones. La constitución es abierta y habla con muchas voces, pero el legislador y juez escuchan la misma voz.-

La constitución se aplica mediante la ponderación. La ponderación es una forma de argumentación mediante la cual se construye una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión, debiendo de esta manera determinarse cual

de los principios debe prevalecer de acuerdo con las circunstancias del caso en cuestión.-

Esta concepción de la constitución implica negar la posibilidad de estructurar un modelo geográfico, de relaciones entre la constitución y la legislación, teniendo en cuenta que los límites de uno y otro, tanto como de la constitución y la ley, los mismos deben aparecer claramente delimitados, existiendo límites infranqueables por el legislador y otras materias en donde éste poder, se puede mover con libertad. Por ello mismo, o un caso es legal o es constitucional.-

En esta concepción, la relación que existe entre la misma y la legislación es de un modelo argumentativo, ya que entre la constitución y la legislación, no hay problemas jurídicos que no puedan ser constitucionalizados. En este modelo argumentativo, la relación entre constitución y legislación no puede estructurarse con bases en la división entre materias, unas constitucionales y otras legales, sino en círculos de competencias.-

Como lo expresará Luigi Ferrajoli, ***“.....la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la constitución. Y en el modelo constitucional-garantista la validez que ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de su significado con la constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez”.-***

Hasta aquí he expuesto lo que Luis Prieto Sanchís, expresaba en su teoría del neo constitucionalismo. Ahora desarrollaré la tesis contraria, que es la que sostuvo Amado García, para rebatir lo manifestado por Prieto Sanchís, produciéndose de esta manera un gran debate sobre el tema.-

Amado García:

La tesis fundamental de García parte de dar a la Constitución una visión positivista, y la defiende como un modelo alternativo a aquel que se sigue del neoconstitucionalismo, ya que sostenía García que el neoconstitucionalismo confunde lo que la constitución “dice”, con aquello que los interpretes “dicen que dice”. Por el contrario sostenía García que la constitución solo dice lo que dicen sus palabras (visión netamente positivista), y no también aquello que los interpretes derivan del texto constitucional; de esta manera García sostiene que si tiene sentido la siguiente división tripartita de lo decible por la constitución:

A) Cosas que la constitución claramente dice, para mandarlas, prohibirlas o permitir las.

B) Cosas de las que verdaderamente no dice nada.

C) Cosas de las que no sabemos si dice algo o no, y en su caso qué, pues depende de cómo interpretemos sus términos y enunciados.-

Teniendo en cuenta lo descrito anteriormente, sostiene García que la postura de Prieto Sanchís, no puede tener ningún sostén, implicando la negación de la misma de plano, ya que como lo explique anteriormente en lo relativo a la omnipresencia de la constitución, ya que la constitución no estaría presente en la regulación de las cosas, respecto de que las que no dice absolutamente nada.-

Siendo de esta manera la teoría de la tripartición lo que divide a los neoconstitucionalista de los positivistas, que para los primeros esta división no existiría, para los positivista la misma existe .Prieto Sanchís parece derivar más bien de una bipartición de la constitución, la misma siempre regularía todos los fenómenos (omnipresencia de la constitución), pero los regularía algunas veces de manera explicita y determinada, y otras de manera implícita e indeterminada (regulación principalista).-

En efecto los positivista suelen ver a la constitución como cualquier otra norma jurídica, mandan por sí lo que claramente corresponda con la debida referencia de sus términos y enunciados; en los márgenes de vaguedad o zonas

de penumbras, la constitución es abierta y podrá ser concretada de diferentes modos, en tanto que no sean patentemente contradictorios con la semántica constitucional. De esta manera, los únicos que pueden llegar a interpretar, son los que se llaman "intérpretes autorizados", siendo los mismos los legisladores, los jueces y el tribunal constitucional. Los Jueces y en especial el tribunal constitucional, cumplen las funciones del debido control de constitucionalidad de una norma, dicho control es de carácter netamente negativo puro, ya que su función es declarar la inconstitucional las normas legales que vulneren la semántica de los enunciados constitucionales. Al poder legislativo le corresponde una función de realización constitucional, consistente en elegir de entre las alternativas que los enunciados constitucionales permiten, por no ser contradictorias de sus significados posibles. Para esta corriente positivista tiene un fundamento político, cual es la defensa de la prioridad del legislador democrático y con ello la soberanía popular.-

Desde la posición antagónica, se encuentra el neoconstitucionalismo marcando sus notables disidencias con los postulados de la corriente positivista, teniendo como diferencia estructural, que los mismos sostienen que la constitución no puede agotarse en el significado frío y simple de sus términos y enunciados, sosteniendo además que en su semántica, la naturaleza última de la constitución es prelingüística, es axiológica. Sosteniendo que las cartas orgánicas dicen más de lo que sus palabras dicen, es una entidad axiológica. Sostienen que en la constitución emana solo mandatos precisos, pese a la imprecisión lingüística. Los intérpretes autorizados de la constitución no están llamados a elegir entre interpretaciones o concreciones posibles de los enunciados constitucionales, sino compelidos a realizar máximamente tales mandatos materialmente determinados. El papel de los jueces y sobre todo el rol que cumple el tribunal constitucional, es una función de control negativo- positivo debiendo declarar la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de las normas que no lleven a cabo la maximización. Entendiendo que los legisladores y sobre todo los jueces, poseen un conocimiento acabado de los contenidos prelingüísticos que componen la constitución material o axiológica, y lo tienen con suficiente amplitud

como para poder aplicar y o determinar, la solución que el mandato constitucional prescribe para todos o la mayor parte de los casos concretos que se le presenten.

En otro orden de consideraciones lo que Amado García atacaba, eran las consideraciones del neoconstitucionalismo en lo referente al carácter garantista de la Constitución. Desde ese punto de vista sostiene que la visión axiológica de la Constitución en que se basa el neoconstitucionalismo llevaría a atribuir a su aplicación judicial el carácter de un control de máximos. Por el contrario el positivismo si bien no niega el carácter garantista de la constitución, caracterizaría el control constitucional de mínimos, queriendo decir que el control constitucional solo estaría dirigido hacia las normas que manifiestamente vulnere la semántica de los enunciados constitucionales.-

La “ponderación” ha sido un aspecto recurrente en las críticas que ha formulado Amado García, en contra de la teoría neoconstitucionalista, y ésta se dirige en contra de la aplicación de los principios y sobre todos los derechos fundamentales mediante la ponderación. Sosteniendo que la ponderación es un procedimiento irracional para la aplicación de los derechos fundamentales por carecer de una estructura clara y que en ella no existe un **“ponderometro”**, es decir no hay, un criterio intersubjetivo para determinar cuándo un principio debe preceder a otro en un caso concreto. Sostiene además que la ponderación es un “concepto” que los tribunales constitucionales utilizan, no para fundamentar sus decisiones, sino justo para todo lo contrario; de esta manera la ponderación permite que las decisiones de los tribunales permanezcan sin fundamentar dando una apariencia de legitimidad.-

La ponderación implica la idea de que los principios que se ponderan son mandatos de optimización, negando sistemáticamente la sistematización de los derechos fundamentales y soslaya la inexcusable discrecionalidad del Juez constitucional. La ponderación puede dejar de aplicarse o sustituirse por un procedimiento de fundamentación exclusivamente de tipo subsuntivo e interpretativo.-

Según García se debía excluir la ponderación en la aplicación de los derechos fundamentales, basándose en dos premisas:

A) Que la ponderación es irracional.-

B) Que las decisiones en las que se aplican los derechos fundamentales se fundamentan mejor mediante un esquema subsuntivo e interpretativo.-

Pero que es esto que llama ponderación y fue uno de los motivos por el cual tuvieron tantas diferencias Prieto Sanchis Y Amado García, y la **“ponderación o balance”**, se podría definir como la técnica que utilizan los jueces constitucionales para resolver un caso en concreto, cuando en éste caso se da un conflicto de principios constitucionales. La ponderación consiste en establecer una jerarquía axiológica, móvil entre dos principios en conflicto.

Esta jerarquía axiológica, es una evaluación de valores creado ya no por el derecho en si mismo, sino por los mismos jueces constitucionales, los cuales mediante un juicio comparativo de los valores que se encuentran en juego (véase que siempre será un juicio e interpretación subjetiva), le otorga una importancia mayor a uno de esos principios, por encima del otro que se encuentra en juego.

Para una mayor inteligencia de lo que estoy hablando esto sería lo ocurrido en nuestro Tribunal Superior de Justicia en el fallo del caso: F.A.L S/ Medida Autosatisfactiva, de fecha 13 de Marzo 2012, más conocido como “el fallo del aborto de una menor, de la ciudad de Chubut”, el cual haré infra un análisis del mismo para fijar mi posición como hombre del derecho.

En el citado caso, la Corte hizo prevalecer el derecho de la menor, quien había quedado embarazada fruto de una violación en donde se encontraba presuntamente imputado el padrastro de la misma, en los términos del Art 86 Inc. 2 del Código Penal, amparándose en una teoría amplísima en la interpretación de la citada norma legal, desconociendo y contrariando los derechos del nasciturus,

los cuales tienen garantías constitucionales explícitas, que protegen a la persona desde su concepción.-

Volviendo al análisis de la cuestión de fondo, la ponderación significa “que uno de los principios tiene más valor que el otro principio”, pero cabe hacer la aclaración que el principio que se encuentra relegado, no es declarado nulo, inválido ni derogado, quedando el principio vigente para ser aplicado a otras circunstancias en las que pudiera ser tenido en cuenta.

Por lo tanto, la ponderación es un ejercicio de poder discrecional por parte de los jueces del tribunal constitucional, es una operación discrecional hecha por parte los jueces, donde también es discrecional la calificación que hacen de los valores comparativos, desde el momento que se enfrentan dos principios de igual jerarquía, debiendo los jueces, evaluar cuál de los dos sopesa más que el otro.

Siendo así, al momento de presentarse un conflicto normativo, es cuando dos normas ofrecen soluciones diversas e incompatibles, y se da lo que llamamos, conflicto en abstracto y en concreto.-

Conflicto en abstracto: Se puede llamar cuando dos normas conceden dos consecuencias jurídicas incompatibles a dos clases de supuestos de hechos o si se quiere, ofrecen dos clases de soluciones incompatibles para dos casos de controversias, en que las mismas se sobreponen desde el punto de vista conceptual.

Conflicto en Concreto: Se produce cuando para la aplicación de un caso en concreto, se observan dos normas, que dan dos soluciones diferentes con consecuencias diferentes, las que son incompatibles con el caso en concreto, debiendo en estos casos, ser resuelto desde una correcta hermenéutica de los textos legales y primando en el análisis una correcta razonabilidad a la luz del ordenamiento jurídico.

En definitiva, podemos afirmar que la “ponderación” en las sentencias que un juez emite, siempre está presente; pero siempre entra a jugar lo que llamamos la “razonabilidad”. Es claro que si exigimos “razonabilidad” en el ejercicio de facultades discrecionales, cuanto más se exigirá “razonabilidad” en la “ponderación” de valores en juego, en la determinación de qué valor tiene mayor ó menor incidencia a nivel social, el sacrificio de cuál bien, es menos dañino para la sociedad.-

ANÁLISIS DEL FALLO DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE LA NACIÓN:

El presente caso de trata de una medida autosatisfactiva, en donde la madre de una menor de 15 años que había sido víctima del delito de violación por parte de su padrastro, solicita al juez de la causa penal que autorice interrumpir el embarazo de la menor, ya que la misma había sido como lo dije anteriormente víctima del delito de violación.

Luego de varios intentos y por diferentes fueros, la madre de la menor F.L.A y en representación de su hija menor de edad A.G, llega a la instancia mayor de justicia de la provincia de Chubut, y de esta manera la Corte Suprema de Justicia de la citada provincia, y con fecha 08/ Marzo/ 2010 revoca la decisión que habían tomado los jueces de instancias inferiores, haciendo lugar a lo solicitado por la madre de la citada menor, es decir interrumpir el embarazo mediante un aborto.

Dentro de los fundamentos legales que exponen los señores jueces del superior tribunal de la provincia, sostienen que el caso de la menor encuadraba dentro de las previsiones contempladas en el art. 86 Inc.2 del Código Penal. Con este fallo, a favor, se produce de esta manera la intervención quirúrgica el día 11 de Marzo del mismo año, en el Centro Materno Infantil del Hospital zonal de Trelew.

Entre los argumentos utilizados para fundamentar el citado fallo los miembros de la Suprema Corte, realizan una sobrevaloración de los derechos de la menor víctima, por encima de los derechos del nasciturus, produciéndose al momento de realizar la “ponderación”, una subordinación de éste derecho fundamental sobre el otro derecho en cuestión.

Para una mejor lectura y en conformidad con lo aquí expresado y reseñado, tal como lo decía Amado García, en sus cuestionamientos a la teoría del neoconstitucionalismo, que no existe un “**Ponderometro**”, en donde se pueda evaluar cual derecho debe sopesar más, debiendo en estos casos primar la razonabilidad a los fines de que las sentencias sean ajustadas a derecho, en una opinión personal lo que el Tribunal Superior de Justicia de la Nación hizo, es legalizar de alguna manera la practica del aborto, ya que como surge de los supuestos “considerandos” de la resolución, aconsejan a las entidades de la salud a realizar un protocolo para los casos que pudieran presentarse en un futuro, como así también consideran indispensable que los distintos niveles de gobierno implementen campañas de información pública y otras recomendaciones que hago parte integrante del presente trabajo, como si el fallo del Superior Tribunal debiera aplicarse “erga omnes”, como si fuese, que los fallos ya no tan solo deben tener obligatoriedad para las partes, sino y tal cual surge de una escueta interpretación de las palabras utilizadas en el fallo, debe ser aplicados a todas las situaciones futuras que se presenten.-

Por lo destacado precedentemente, entiendo lo que a titulo personal he expresado anteriormente, que los señores jueces se alejaron de lo que toda sentencia debe tener y de los que todo sistema jurídico debe exigirles al momento de dictar sentencia, la razonabilidad. Ésta debe primar siempre a los fines de hacer un fallo más justo.

Razonabilidad, y por esto debemos entender como nos decía Santo Tomas de Aquino, que la razón era ordenarnos hacía el fin. Cuando el legislador crea una ley, o como cuando el juez dicta una sentencia, en este proceso de creación

normativa o de interpretación judicial, aparece generalmente más de una alternativa con una misma finalidad querida. De esta manera cuando una sentencia sea razonable no solo en si misma, sino frente a todos, recién ahí se podría decir que la sentencia es justa, que es ajustada a derecho.-

Conforme con Fernando Toller que nos dice: ***“Los derechos tienen un fin al que tienden, que le da su valor y dignidad en el ordenamiento, ya que han sido reconocidos con un sentido determinado: ser el medio técnico o jurídico para que la persona y la comunidad logren determinado bien fundamental. En consecuencia los derechos son en realidad delimitables o determinables: a través de la interpretación y decisión constitucional es posible trazarle un contorno preciso, un ámbito en donde es justo ejercerlo, el cual debe ser razonablemente establecido por la ley, por la jurisprudencia y por la doctrina, de manera que, de trasponer esa esfera de actuación regular devendrá un ejercicio abusivo”***

El principio de razonabilidad del derecho argentino, encuentra su fundamento en los Art 28 y 33 de nuestra carta magna. El artículo 28 nos expresa que “Los principios garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”, garantizando de esta manera el principio de inalterabilidad de los derechos fundamentales. Por su parte, el artículo 33 nos permite el reconocimiento de la garantía de razonabilidad de las leyes cuando nos expresa: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados”.

Se sostiene que en el derecho debe existir una base racional ya que el mismo se trata de un juego entre medios y fines últimos del derecho, a saber como justicia, bien común etc. Al ser el derecho un orden humano es imprescindible recurrir a las razones del derecho para otorgarle justificación .La razonabilidad entonces debe operar como un criterio que permita arribar a una solución justa dentro del derecho mismo.-

AUGUSTO JOSE PAZ ALMONACID

Augusto José Paz Almonacid.-

Abogado Especialista en Derecho Procesal

DNI 17.947.034.-