



Ponencias

XXVI Jornadas Argentinas
y V Argentino-Chilenas
de Filosofía Jurídica y Social

I Jornadas
de Filosofía del Derecho
y Derecho Constitucional



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación



Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA



Ponencias

XXVI Jornadas Argentinas y V Argentino-Chilenas de Filosofía Jurídica y Social

I Jornadas de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL

Dr. Franco Picardi

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero

Ponencias XXVI Jornadas Argentinas y V Argentino-Chilenas de
Filosofía Jurídica y Social - I
Jornadas de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional /
Laura Alvarez ... [et.al.]. - 1a
ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2013.
E-Book.
ISBN 978-987-28886-9-5
1. Filosofía del Derecho. 2. Derecho Constitucional. I. Alvarez,
Laura

CDD 340.1

Fecha de catalogación: 02/09/2013

ISBN: 978-987-28886-9-5

Ponencias XXVI Jornadas Argentinas y V Argentino-Chilenas de Filosofía Jurídica
y Social

1^{ra}. edición - Septiembre 2013

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

Directora: María Paula Pontoriero

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

Todos los derechos reservados. Distribución gratuita. Prohibida su venta. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

COORDINADORES



JORGE DOUGLAS PRICE

Presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho

DIEGO DUQUELSKY

Secretario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho

SECRETARIO DE REDACCIÓN



GUILLERMO MORO

Secretario de redacción de "Ideas y Derecho"
Asociación Argentina de Filosofía del Derecho

PALABRAS PRELIMINARES

JORGE EDUARDO DOUGLAS PRICE⁽¹⁾



En primer lugar deseo agradecer, en nombre de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación —con el que celebráramos oportunamente un acuerdo de cooperación durante el año 2012—, por su auspicio y apoyo tan efectivo a la instalación de espacios de pensamiento como el presente. Tanto la creación de la revista de Filosofía del Derecho que dirigen Alicia Ruiz y Hugo Zuleta, con quienes cooperan, en calidad de Secretarios de Redacción, Diego Duquelsky Gómez y Cecilia Sgrazutti, como la de este espacio virtual que hoy inauguramos, son, sin duda, puentes que, al contrario de aquél del relato de Macedonio Fernández, y parafraseando al poema de Mario Benedetti, nos llevan a “otra orilla”.

Cuando me fuera encargado el grato honor de escribir estas palabras, en nombre de la AAFD, no pude menos que asociar el propósito de las mismas con aquella célebre introducción de Gastón Bachelard a una de sus más relevantes obras: *La formación del espíritu científico. Contribución a un Psicoanálisis del Conocimiento Objetivo*.⁽²⁾

La noción de **obstáculo epistemológico**, hoy muy conocida, es la que quisiera desarrollar en estas breves líneas para indicar apenas una posibilidad de entre tantas acerca de para qué pudiera servir un espacio abierto, sin censura previa (*stricto sensu*), sea por parte de la página donde se alojarán estos documentos como por parte de esta Asociación; es decir, un espacio

(1) Presidente Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, período 2010/14.

(2) BACHELARD, GASTÓN, *La formación del espíritu científico*, Bs. As., Siglo XXI Editores, 2004.

absolutamente librado a la iniciativa de las autoras y los autores del campo de la filosofía del derecho que concurren a nuestras Jornadas y Seminarios u otras formas de debate que en el futuro desarrollemos para animarlo.

Dice Bachelard que "cuando se investigan las condiciones psicológicas del progreso de la ciencia, se llega muy pronto a la convicción de que hay que *plantear el problema del conocimiento científico en términos de obstáculos*", y, agrega, que no se trata de "considerar los obstáculos externos como la complejidad o la fugacidad de los fenómenos, ni de incriminar a la debilidad de los sentidos o del espíritu humano: es en el acto mismo de conocer, íntimamente, donde aparecen, por una especie de necesidad funcional, los entorpecimientos y las confusiones. Es ahí donde discerniremos causas de inercia que llamaremos obstáculos epistemológicos".⁽³⁾

Vale advertir que, como no podría ser de otro modo, Bachelard mismo, a mi entender, paga el precio a uno de los obstáculos epistemológicos que él mismo señala: su lenguaje, pleno aún de confianza en la razón, paga como seguramente lo estaré haciendo yo en estas mismas letras un alto impuesto a lo mismo que denuncia, esto es: se sujeta a la imposición (valga el juego de palabras) de sedimentos semánticos bien asentados, y términos como real, luz, sombra, ciencia, opinión, aparecen allá o aquí como si fueran a quedarse para siempre.

Sin embargo, siempre ocurre así, la metáfora nueva sustituye a la metáfora antigua con su potencia explicativa y se va imponiendo poco a poco en el texto: "El espíritu científico nos impide tener opinión sobre cuestiones que no comprendemos, sobre cuestiones que no sabemos formular claramente. Ante todo es necesario saber plantear los problemas", por ello la opinión no basta, no es suficiente. Es necesario preguntar, los problemas no se plantean por sí mismos, para un espíritu científico "todo conocimiento es una respuesta a una pregunta. Si no hubo pregunta, no puede haber conocimiento científico. Nada es espontáneo. Nada está dado. Todo se construye".⁽⁴⁾

Nos hace ver, sin embargo, cómo en el conocimiento empírico (casi el único, según declara, que estudia su obra) el hombre está comprometido por todos los caracteres de su sensibilidad, por los valores que carga en su estructura psicológica, formada por "un número excesivo de analogías, imágenes, metáforas", que poco a poco le hacen perder su **vector de abs-**

(3) BACHELARD, G., *op. cit.*, p. 15.

(4) BACHELARD, G., *op. cit.*, p. 16.

tracción. Eso hace, dice, que —a veces— una buena cabeza, una cabeza bien formada académicamente, sea una cabeza cerrada, una cabeza “que debe ser rehecha”.

Es pues el esfuerzo de racionalidad, y de construcción, el que debe arrastrar al epistemólogo: “El historiador de la ciencia debe tomar las ideas como hechos. El epistemólogo debe tomar los hechos como ideas, insertándolas en un sistema de pensamientos. Un hecho mal interpretado por una época, sigue siendo un hecho para el historiador. Según el epistemólogo es un obstáculo, un contrapensamiento”.⁽⁵⁾

Se trata de derribar los obstáculos adquiridos en la vida cotidiana, en la educación formal e informal, de desnudar (quizás otra metáfora inadecuada) las patologías de la educación, pues “contribuir a discernir los obstáculos epistemológicos es contribuir a fundar los rudimentos de un psicoanálisis de la razón.”

¿Cuáles serían, si parafraseamos a Bachelard, **nuestros obstáculos epistemológicos**? No extrañamente, a mi juicio, resultaría demasiado fácil establecer analogías, así por ejemplo: ¿qué teorías pueden ocupar el lugar del **sustancialismo**, o del **animismo**? Tal vez se trate de aprender a quitar “ladrillos de la pared” por apelar a una metáfora más cercana a nuestros tiempos.

Por lo mismo que señalara Bachelard, procuraremos posibilitar una construcción plural, confiados en la potencia de la diversidad y de la crítica y, ¿por qué no?, en la del azar, que guía las lecturas de lectores cada vez más numerosos, más conectados, más irreverentes, más dispuestos a derribar obstáculos.

Iniciamos este sitio con los productos presentados a las XXVI Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social que se llevaron a cabo en la sede de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, en la ciudad de Mendoza, del 18 al 20 de octubre de 2012, Jornadas que organizáramos conjuntamente con la Sociedad Chilena de Filosofía del Derecho y las respectivas Asociaciones, argentina y chilena, de Derecho Constitucional, adoptando como tema central, que no excluyente, el de la Filosofía del Control de Constitucionalidad.

La idea de que la filosofía del derecho debía trabajar sobre los temas concretos de la realidad social me la inculcó (como a tantos otros) Carlos

(5) BACHELARD, G., *op. cit.*, p. 19.

Santiago Nino, hace muchos años atrás, cuando fui su alumno en la Universidad Nacional de Buenos Aires, y más tarde, con la recuperación de la democracia, al disfrutar de su inteligencia y su alto sentido moral para analizar las cuestiones de nuestra sociedad y nuestras instituciones, fuera en los espacios donde el actuaba, como el Centro de Estudios Institucionales que fundara con Eugenio Bulygin, o en las aulas de la Universidad Nacional del Comahue, donde procuramos reflexionar con nuestros alumnos sobre ellas.

Esta iniciativa procura ser un reconocimiento también a otros maestros que, como ellos, abrieron una huella sobre la que se asienta la diversidad que hoy disfrutamos. Maestros como Carlos Cossio, Werner Goldschmidt, Ambrosio Gioja, Genaro Carrió, Carlos Alchourrón, Enrique Marí, Luis Warat, entre muchos otros, que el breve espacio del que disponemos impide incluir, que hicieron y hacen que la filosofía del derecho en la Argentina alcanzara el desarrollo que actualmente posee, y que, con esfuerzo, contribuyeron y contribuyen a esa eterna **deconstrucción** y **reconstrucción** que cualquier saber supone. En el presente fortalecido de esta senda, filósofos de una lista que también se ha vuelto muy extensa, como Carlos Cárcova, Miguel Ángel Ciuro Caldani, Ricardo Caracciolo, Carlos Roskenkrantz, Eduardo Barcesat, Martín Diego Farrell, Carlos Massini Correas, representan la profundidad y diversidad de enfoques que son el desiderátum de un espacio de esta índole. Esto, por otra parte, sólo es posible en un ámbito de respeto y pluralismo como el que se ha logrado construir en nuestra Asociación, a partir de la gestión y el impulso dados a la misma por figuras como Ricardo Guibourg, cuya tarea señera fue continuada y profundizada durante la presidencia de Rodolfo Vigo, con el aporte de filósofos y filósofas que aseguran que este espacio se mantendrá así de sólido, vigoroso y abierto en el futuro.

Esa es la función que asignamos a esta idea, dicho kantianamente, permitir cumplir con una de las condiciones de posibilidad de nuestra disciplina, esto es: afirmar a cada paso, como propone sugerente y provocativamente, en su ciclo televisivo, Darío Sztainszrajber, "Mentira la verdad".⁽⁶⁾

Precisamente en esa línea que evidencia las conexiones entre las ideas epistemológicas y las políticas, que he sostenido en otra parte, Nora Wolfzun,

(6) Invitamos así a quienes quieran acercarse a esta posibilidad de debate, a hacernos llegar sus trabajos en las Jornadas y Seminarios de los que podrán hallar referencias en nuestra página web: aafd.org.ar.

una de nuestras asociadas, y continuadora brillante de aquella tradición, dice en un artículo publicado en el primer número de la Revista de Filosofía del Derecho, que más arriba cité:

“La teoría autorreferencial de Luhmann nos ofrece valiosas herramientas para desmitificar el derecho como ‘el’ discurso de ‘la’ verdad, ardua tarea dado que se trata de un campo de fuerzas privilegiado para erigirse en principio troncal y fundante de la palabra autorizada dentro de la organización social. Desde una perspectiva crítica y constructivista, los hechos y las normas no son más (ni menos) que artefactos contruidos hacia el interior del sistema jurídico, a partir de una lógica propia y de espaldas a cualquier aproximación ontológica, creando al mismo tiempo campos de sensibilidad y de indiferencia, y nada existe por fuera de su compleja red de operaciones selectivas. El derecho, tal como cada sistema lo hace, construye su propia realidad a la medida de sus necesidades. Es soberano en la atribución de sentido, en la construcción de identidades, ficciones, clasificaciones, relaciones, diferencias. Y si a esto sumamos la ideal del derecho como discurso del poder (y al Estado como detentador legítimo del monopolio de la fuerza), comprendemos la enorme tentación de lo jurídico por pretender un universalismo incuestionado acerca de su mirada del mundo social. Como afirma Nelson Goodman (1990:22), la realidad como artificio invita a pensar en muchos mundos posibles, mundos constructores y no pasivos deudores de sus particulares regímenes de verdad. El abandono del pensamiento sustancialista y estático abre un abanico de ideas útiles para analizar, por un lado, la existencia de una realidad social circular y dinámica, y por el otro, el protagonismo y capacidad transformadores del sistema jurídico (Cárcova, 1996:182; Cárcova, 1998:162; Cárcova, 2007: 42; Foucault, 1995:32; Foucault, 1996: 38; Ruíz, 2001: 30)”.⁽⁷⁾

En suma: creemos que una sociedad más justa, más libre, más solidaria puede ser construida a partir de estas prácticas. Bienvenidas y bienvenidos a ese intento...



(7) WOLFZUN, NORA “La presencia de lo excluído: Algunos insumos luhmannianos para la crítica jurídica”, en *Revista de Filosofía del Derecho*, año 1, n°1, Infojus, p. 196.

ÍNDICE



Algunas críticas a la justificación epistémica de la democracia deliberativa.

Por LAURA ALVAREZ..... p. 1

Persona y cuerpo: reflexiones desde el discurso jurídico. Cuerpo y vida en el paradigma jurídico-político de la Modernidad.

Por NATALIA S. BELLENE..... p. 11

A impossibilidade histórica do decisionismo de Carl Schmitt como fundamento da ordem constitucional.

Por PAOLA COELHO GERSZTEIN..... p. 19

1. Introduçãop. 19
2. Sobre Carl Schmitt.....p. 20
3. O decisionismo de Carl Schmitt.....p. 23
4. Conclusões.....p. 52

Benefícios fiscais concedidos às instituições de ensino privadas como garantias do direito social à educação na perspectiva luso-brasileira.

Por PAOLA COELHO GERSZTEIN..... p. 55

1. Introduçãop. 55
2. Direito social à educação no Estado Pós-Socialp. 56
3. O direito ao ensino nas Constituições Portuguesas.....p. 60
4. O direito ao ensino nas Constituições Brasileiras.....p. 62
5. A atual configuração do direito à educação nas Constituições Portuguesa e Brasileirap. 64
6. A prestação privada do serviço de educaçãop. 74
7. O Estado e o poder de tributar.....p. 78
8. Conclusões.....p. 88

Falacia naturalista y falacia intuicionista.

Por ERVAR G. DE BENEDETTO p. 89

- 1. Idea de falacia p. 89
- 2. La falacia naturalista p. 89
- 3. La falacia naturalista y la bifurcación del debe y el es p. 92
- 4. La falacia definista como género entre las especies naturalista y metafísica p. 95
- 5. Conclusiones p. 100

Kafka, tiempo y posibilidad. Interlocuciones con Vera Karam.

Por MARINA GORALI p. 103

- 1. Ausencias o de la ley como posibilidad p. 104
- 2. Temporalidades p. 106
- 3. Extranjería, sentido e interpretación p. 109

La inconsistencia en la invocación de principios y valores en la argumentación jurídica.

Por DANIEL G. GORRA p. 111

- 1. Introducción p. 111
- 2. Encuadre epistemológico y metodológico p. 112
- 3. Principialismo, neoconstitucionalismo, iusnaturalismo p. 113
- 4. El objetivismo moral de la filosofía del derecho p. 113
- 5. Discusión con las tesis iusfilosóficas del objetivismo moral p. 115
- 6. Ponderación de principios en la argumentación jurídica p. 117
- 7. Discusión sobre la propuesta argumentativa de Alexy p. 118
- 8. Conclusiones p. 119

¿Por qué el daño es la única llave para abrir el control de constitucionalidad?

Por ANA VALERIA GUERCI p. 121

- 1. Introducción p. 121
- 2. Desarrollo p. 123
- 3. Conclusión p. 136

**Las realizaciones sociales como factor de justicia.
Aproximación a través de fallos judiciales de reconocimiento
de derechos económicos, sociales y culturales.**

Por AGUSTÍN PARMA	p. 137
1. Sumario	p. 137
2. Introducción	p. 138
3. Marco teórico del concepto de justicia	p. 139
4. La fundamentación ética a los derechos humanos.....	p. 142
5. El concepto de realización social como categoría dentro de la teoría de justicia de Sen	p. 145
6. Los fallos judiciales de reconocimiento de derechos humanos económicos, sociales y culturales como realizaciones sociales. Estudio a partir de un caso concreto.....	p. 149
7. Conclusión.....	p. 153

**El control difuso de convencionalidad en su modalidad constructiva.
La “interpretación conforme” de las normas internas a la CADH.**

Por AGUSTÍN F. PUPPIO	p. 155
1. Introducción	p. 156
2. La doctrina del control difuso de convencionalidad: algunas claves, controversias e interrogantes	p. 156
3. El control de convencionalidad en sus modalidades “represivo” y “constructivo”	p. 161
4. La interpretación de la normativa interna “conforme” al Pacto de San José de Costa Rica: algunas aplicaciones en materia procesal penal	p. 163
5. Conclusiones.....	p. 167

**A comunicação de sistemas constitucionais
para uma nova arquitetura jurídica do ambiente:
breves notas sobre a Argentina, o Brasil e Portugal.**

Por BLEINE QUEIROZ CAÚLA y BRUNA SOUZA PAULA	p. 169
1. Introdução	p. 171
2. Argentina.....	p. 177
3. Conclusão.....	p. 184

El “fundamentalismo jurídico” en la filosofía del derecho.

Por RAMÓN ANTONIO REYES p. 187

- 1. Introducción p. 188
- 2. Cara y seca del fundamentalismo p. 188
- 3. ¿Es posible un “fundamentalismo jurídico”? p. 190
- 4. Conclusión..... p. 194

Los valores y principios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno.

Por LAUTARO RÍOS ÁLVAREZ p. 197

- 1. Introducción p. 197
- 2. Origen, trascendencia y noción de los valores p. 198
- 3. Naturaleza, concepto y caracterización de los principios generales del derecho (PGD) p. 205
- 4. Defensa de los valores en los fallos del Tribunal Constitucional Chileno (tcch) p. 212
- 5. Amparo de los principios que sustentan la Constitución, por el Tribunal Constitucional Chileno..... p. 223
- 6. Conclusión..... p. 234

Paradojas, aporías y otras dificultades del concepto de derecho: de su auto-institución.

Por JUAN DANIEL VIDELA..... p. 235

- 1. Desarrollo del trabajo..... p. 237



Algunas críticas a la justificación epistémica de la democracia deliberativa

LAURA ALVAREZ⁽¹⁾



Palabras clave: modelo garantista, democracia sustancial, derechos fundamentales.

1.

El modelo deliberativo de la democracia es una concepción del gobierno democrático que, entre otros principios, para la toma de decisiones —como el voto o la negociación— reivindica el papel de la deliberación colectiva como modo de justificar las decisiones políticas.

Con ese propósito, quienes defienden este modelo ofrecen diferentes argumentos para fundamentar la deliberación democrática. Por un lado, sostienen que ella posee un valor epistémico, en tanto es señalada como el procedimiento político que ofrece mayores garantías de la justicia o corrección sustantiva de sus resultados. Por otro lado, arguyen que es un

(1) Abogada, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Becaria doctoral (CONICET). Estudiante en la Maestría en Ciencias Sociales y Humanidades (Universidad Nacional de Quilmes) y en el Máster Global Rule of Law & Constitutional Democracy (Università degli Studi di Genova). Doctoranda admitida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Auxiliar docente en la asignatura Teoría general del Derecho (Universidad Nacional de Mar del Plata). Jefa de trabajos prácticos en la asignatura de Derecho Político (Universidad Atlántida Argentina).

procedimiento participativo intrínsecamente valioso porque honra mejor que cualquier otro a los valores de autonomía, igualdad política y respeto mutuo.

Respecto a la articulación de estos dos tipos de justificaciones, José Luis Martí propone un enfoque según el cual la complementación de ambas no sólo es posible sino que también es deseable. Sin embargo, en última instancia, este autor postula que para cualquier defensor de la democracia deliberativa resulta imprescindible, al menos, sostener el valor epistémico de la deliberación.⁽²⁾

A su vez, la justificación epistémica de la deliberación democrática está constituida por dos tesis: una ontológica y una epistemológica. Según la primera tesis, se presupone que existe un criterio de corrección de las decisiones políticas que es independiente tanto del proceso de toma de decisiones como de las creencias, preferencias y deseos (reales) de quienes participan de él. Según la segunda tesis, es posible conocer dicho criterio de corrección e identificar cuáles son las decisiones que se ajustan a él. La democracia deliberativa sería el mecanismo más confiable para acceder a ese conocimiento y alcanzar decisiones correctas. De este modo, la defensa del modelo que emprende este autor vincula la superioridad de la democracia deliberativa con la aceptación de estas dos tesis.

2.

Ahora bien, ambos presupuestos resultan discutibles y problemáticos. De acuerdo a la tesis ontológica, y contrariamente a lo que postula Martí en el texto referido, defender el modelo conduce indefectiblemente a adoptar alguna postura metaética que acepte la existencia de valores morales. No obstante, previendo las posibles críticas que se seguirían de esta implicación, Martí descarta la idea de que la justificación epistémica adquiera compromisos con la objetividad moral o el realismo moral. Más bien, adhiere a una concepción metaética constructivista —semejante al constructivismo ético propuesto por Carlos Nino—⁽³⁾ desde la cual los criterios morales o sustantivos de corrección de las decisiones políticas dependan de

(2) MARTÍ, JOSÉ LUIS, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

(3) Ver NINO, CARLOS, *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989; y NINO, CARLOS, *The Constitution of Deliberative Democracy*, trad. de Roberto Saba, Barcelona, Gedisa, 1997.

lo que los individuos racionales desearían o preferirían en ciertas condiciones ideales. Por ello, la existencia de los valores a los que se alude no sería absolutamente objetiva sino que se circunscribiría a un plano intersubjetivo. Con todo, aun adoptando una postura constructivista, la afirmación de la irrelevancia de la moral, aunque relativa, es totalmente incorrecta.

No obstante, a pesar de su intento por librarse de los problemas que le acarrearía asumir un realismo moral, el constructivismo ético debe enfrentarse a un tipo de dilema particular. Como lo señala José Juan Moreso,⁽⁴⁾ el núcleo en común que caracteriza a las concepciones constructivistas en materia ética es prometer algún tipo de objetividad para los juicios morales, sin realismo; es decir, aceptarían la posibilidad de acuerdos racionales en materias morales pero sin comprometerse con la existencia de los hechos morales. Así, asumen que el criterio de corrección moral es elegido por los individuos, en determinadas condiciones ideales. Son ellos quienes, bajo cierto contexto, consideran cuáles serían los comportamientos moralmente correctos.

Claro que, entonces, resulta clave discernir cómo se origina ese marco o contexto ideal. O bien esas condiciones se encuentran diseñadas a partir de ciertas restricciones morales, en cuyo caso el constructivismo ético es contradictorio porque estaría aceptando la existencia de criterios morales independientes a las actitudes y voluntades de los individuos; o bien esas condiciones no están alcanzadas por ningún límite de tipo moral, en cuyo caso no habría razones atendibles para suponer que las decisiones a las que se arrije en el marco del proceso deliberativo reflejan las convicciones éticas más profundas. Si optamos por el primer cuerno del dilema, parece que el constructivismo se reduce a un realismo moral; si optamos por el segundo, se termina reconociendo mayor confianza al proceso en sí mismo que a los puntos de vista morales más característicos sin más.

Por su parte, de acuerdo a la tesis epistemológica, la defensa del modelo deliberativo asume otro compromiso ineludible: la posibilidad de acceder al conocimiento de valores morales. Dentro de las variantes posibles de tesis cognitivistas sobre la moral, esta tesis epistemológica postularía un cierto cognitivism reflexivo (Guariglia y Vidiella),⁽⁵⁾ según el cual no habría un conocimiento inmediato que dé una certidumbre moral sino que esta

(4) MORESO, JOSÉ JUAN, *La constitución: modelo para armar*, Barcelona, Marcial Pons, 2009.

(5) GUARIGLIA, OSVALDO, y VIDIELLA, GRACIELA, *Breviario de ética*, Buenos Aires, Edhasa, 2011.

seguridad —aun gradualmente— provendría del hecho de que el juicio moral sea apoyado en procedimientos más generales de justificación; en este caso, dichos mecanismos serían los métodos de discusión y decisión colectiva.

Existirían efectos característicos de la deliberación democrática que posibilitarían acceder a decisiones sustantivamente correctas; entre ellos: el intercambio de información relevante sobre preferencias e intereses comunes, a partir del cual es posible mejorar la competencia epistémica de los participantes en la toma de decisiones; la posibilidad de detectar errores en las argumentaciones aducidas por los participantes, dando lugar a la revisión y reflexión sobre las inferencias realizadas; la filtración de las preferencias individuales irracionales, en tanto sería un proceso de reflexión donde se permite controlar el factor emocional o la jerarquización infundada de intereses propios, alentando al mismo tiempo la adopción de perspectivas dotadas de un espíritu público en las cuestiones políticas (Nino y Fearon).⁽⁶⁾

Sin embargo, como el propio Martí admite,⁽⁷⁾ el modelo de la democracia deliberativa se erige sobre la base de la existencia de desacuerdos. No existiría la deliberación si no hubiese preferencias divergentes y diferencias que resolver. Es decir, esta concepción democrática toma en cuenta el pluralismo y diversidad de las sociedades actuales, constituyendo más bien condiciones propias para el desarrollo del modelo que obstáculos a su implementación. Así, si la circunstancia de los desacuerdos sería inescapable, abarcaría tanto las divergencias en torno a la posibilidad de determinar el contenido de los valores morales, pero también afectaría a la posibilidad y el modo de conocer cuáles son esos valores. Aceptadas estas condiciones, la justificación epistémica de la democracia que emprende Martí correría grave peligro de desmoronarse.

Ante ello, Martí parecería estar dispuesto a conceder que la única salida sería contar con un procedimiento político para tomar decisiones, que sea adecuado para zanjar tanto las controversias morales como las epistémicas. Pero, a renglón seguido y en la línea de las observaciones de

(6) NINO, CARLOS, *The Constitution of Deliberative Democracy*, op. cit.; y FEARON, JAMES, "Deliberation as Discussion", en Jon Elster, *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, pp. 65/94.

(7) MARTÍ, JOSÉ LUIS, op. cit.

David Estlund, considera esta opción inconsistente. Si, precisamente, el hecho del pluralismo y los desacuerdos condujera al rechazo de las tesis ontológica y epistemológica, no habría razón alguna para pensar que sí habría consenso en elegir un único procedimiento político. Dado este razonamiento, se concluiría que la justificación de la democracia deliberativa exige indefectiblemente que se reconozca —sea que se lo articule desde una postura realista moral, o constructivista ética— la existencia de valores (objetivos o intersubjetivos) morales, a la vez, y se admita la posibilidad de acceder —en alguna medida— a su conocimiento. De este modo, la defensa del modelo deliberativo sólo sería incompatible con el escepticismo ontológico y epistemológico.

3.

Sin embargo, más allá de las objeciones reseñadas en torno a las dos tesis que conforman la justificación de la deliberación democrática por su valor epistémico, lo cierto es que aunque se admitan las críticas dirigidas contra la tesis ontológica, ello no conllevaría consecuencias devastadoras para la defensa del modelo en general. Si bien es cierto que, por razones conceptuales, quien asuma la defensa de la democracia deliberativa a partir del argumento de su valor epistémico debe necesariamente aceptar el presupuesto de la tesis ontológica, de ello no se seguiría que la única vía para sostener el modelo deliberativo conduzca siempre a una concepción metaética en particular. De ahí que le asiste razón a Anna Pintore⁽⁸⁾ quien —siguiendo a Jeremy Waldron—⁽⁹⁾ reivindica la irrelevancia de la moral para esta concepción democrática, y afirma que la importancia y utilidad de la deliberación colectiva es totalmente posible aun sin necesidad de asumir la objetividad en materia moral. En otras palabras, aceptar o no la tesis ontológica aisladamente no conlleva ningún tipo de consecuencias para el modelo de la democracia deliberativa. Contrariamente a lo que postula Martí,⁽¹⁰⁾ sólo para aquellos que la defienden desde la justificación epistémica están obligados a aceptar esta tesis.

Por el contrario, la irrefutable circunstancia de los desacuerdos conduce necesariamente al rechazo de la tesis epistemológica. El hecho de que sea

(8) PINTORE, ANNA, *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa, ETS, 2010.

(9) WALDRON, JEREMY, *Law and Disagreement*, trad. de Águeda Quiroga y José Luis Martí, Oxford, Clarendon Press. Barcelona, Marcial Pons, 2004.

(10) MARTÍ, JOSÉ LUIS, *op. cit.*

problemático encontrar un modo adecuado para acceder al conocimiento moral, frustra la justificación de la democracia deliberativa a partir del argumento de su valor epistémico; de modo que es imperioso encontrar el fundamento de esta concepción en otros principios que no establezcan un compromiso con el cognitivismo moral.

En este contexto, hay razones atendibles para examinar la justificación del valor intrínseco del procedimiento deliberativo democrático. Este argumento intenta mostrar que la deliberación democrática es respetuosa de determinados valores morales. Como bien señala Martí,⁽¹¹⁾ la estrategia más utilizada en este sentido consiste en afirmar que este procedimiento honra —al igual que otros métodos también democráticos— la libertad y la igualdad política, pero fundamentalmente garantiza el ejercicio de la igual autonomía política. Es decir, se asegura la posibilidad que tiene todo ciudadano de participar en la toma de decisiones básicas que afectan la vida en sociedad.

La defensa del modelo de la democracia deliberativa que ofrece Martí contempla este tipo de justificaciones. Sin embargo, considera que los argumentos a favor del valor intrínseco del procedimiento necesitan ser complementados con la justificación epistémica antes desarrollada. De no hacerlo, según Martí,⁽¹²⁾ se obtendría una justificación inconcluyente del modelo.

No obstante, esta acusación no se evidenciaría tan claramente como pareciera. Una posibilidad para considerar a esta estrategia de justificación insuficiente sería analizarla como una tesis meramente procedimental sobre la legitimidad política, de modo que terminaría corriendo el mismo riesgo de caer en las objeciones que le son dirigidas a dichas concepciones radicales. Esto es, si una decisión política es legítima si y sólo si se ha tomado por una autoridad legítima y por un procedimiento legítimo, convirtiendo en irrelevante cualquier consideración sustantiva, entonces no se explicaría por qué un procedimiento es preferible a otro. Según lo explica Martí,⁽¹³⁾ la elección de un procedimiento frente a otro siempre responde a un criterio sustantivo externo que indica que ciertos valores morales deben ser respetados. La otra posibilidad para entender por qué el argumento del valor intrínseco del procedimiento deliberativo no sería

(11) MARTÍ, JOSÉ LUIS, *Íbid.*

(12) MARTÍ, JOSÉ LUIS, *Íbid.*

(13) MARTÍ, JOSÉ LUIS, *Íbid.*

concluyente residiría en que utiliza y toma en cuenta el respeto de valores sustantivos determinados; por lo cual, el éxito de esta justificación requeriría previamente de un acuerdo acerca de cuáles serían esos valores.

Creo que ninguna de las dos opciones es suficiente para tachar de inconcluyente a esta fundamentación. Si bien es cierto que en esta estrategia también se ven involucrados valores, ellos pertenecerían a otro nivel de análisis. Realizar la valoración de un procedimiento nunca puede ser moralmente indiferente y siendo que la democracia deliberativa es un tipo de procedimiento, ella necesariamente se verá involucrada con cuestiones axiológicas. Claro que, como bien afirma Pintore,⁽¹⁴⁾ hay que distinguir valores relacionados con los métodos para tomar decisiones políticas, de los valores que deben ser respetados por el contenido de esas decisiones. Los primeros, brindan guías para elegir razones para actuar; mientras que, los segundos indican directamente qué debe ser considerado una razón para actuar.

Y es esta misma distinción entre los valores que entran en el análisis para determinar la justicia del procedimiento o del método para la toma de decisiones, y los valores que se toman en cuenta para examinar si los resultados obtenidos a partir de un cierto procedimiento son o no justos, la que explicaría por qué el hecho del pluralismo y los desacuerdos sustantivos no afectarían a este tipo de justificaciones. La empresa de determinar si un procedimiento es justo por sí mismo —con independencia del contenido de los resultados que produzca— nos obliga a remitirnos a valores respecto a los cuales, aun aceptando que existan divergencias en materia moral, quienes intervengan en el proceso no tendrían motivos razonables para disentir. Se trata de reconocer los propios ideales en que se fundamenta todo sistema democrático: la libertad, igualdad y autonomía política. En palabras de Roberto Gargarella, el interés por la propia defensa de la democracia implica aceptar que “todas las personas poseen una misma dignidad moral y son iguales en cuanto a sus capacidades más básicas” y consecuentemente que “cada individuo tiene un igual derecho a intervenir en la resolución de los asuntos que afectan a su propia comunidad: todos merecen participar de dicho proceso decisorio en un pie de igualdad”.⁽¹⁵⁾

(14) PINTORE, ANNA, *op. cit.*

(15) GARGARELLA, ROBERTO, “Constitución y democracia”, en R. Gargarella (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2008, p. 31.

Así, otorgar valor intrínseco al procedimiento deliberativo significa tan solo aceptar que esos mismos valores democráticos quedan mejor satisfechos en una concepción democrática deliberativa que en otras donde el método para la toma de decisiones se rige por el principio del voto o la negociación. Dicho más brevemente, el mínimo acuerdo que se requiere es reconocer estos ideales normativos. Y todavía más: este reconocimiento no puede conducirnos a ningún tipo de desacuerdo razonable. Como señala Waldron, en algún sentido, el derecho a la participación política ciudadana —en clara alusión a los valores de igualdad y autonomía política— es el derecho de los derechos; no porque posea una prioridad moral en relación a otros derechos, sino porque “la participación es un derecho cuyo ejercicio parece peculiarmente apropiado en situaciones en las que los portadores razonables de derechos discrepan acerca de qué derechos tienen”.⁽¹⁶⁾

Sin embargo, la asunción del valor intrínseco del procedimiento deliberativo no descarta *per se* la posibilidad de arribar a resultados que no se correspondan con nuestras intuiciones morales. Ello porque, en verdad, este tipo de justificaciones no tienen en miras el contenido de la decisión a la que se arribe. Sólo valora que, a partir de la deliberación colectiva, los individuos vean realizada su igual autonomía política. Pero, entonces, si el foco del análisis se encuentra en la calidad del procedimiento, deberían existir ciertos presupuestos que garanticen el funcionamiento más adecuado posible de la deliberación democrática. Tal como señala Martí, el conjunto de las precondiciones que se requieren sería extenso y complejo; sin embargo, los requerimientos más importantes suelen depender de derechos básicos, esencialmente, de derechos políticos. Sin embargo, si se cubren —*i.e.* se reconocen en alguna carta de derechos— entonces, la justificación del valor intrínseco del procedimiento deliberativo estaría reconociendo que la reivindicación de la deliberación democrática depende siempre del previo aseguramiento de contenidos sustantivos.

Si bien en este punto el razonamiento parecería sucumbir, la argumentación que ofrece Pintore al respecto, resulta atendible. La autora arguye que, aunque sea cierto que algunos de los presupuestos del procedimiento consistan en derechos individuales, en verdad unos pocos entre ellos realmente importan para que el procedimiento democrático sea valioso. Sólo los derechos que son constitutivos de la democracia y

(16) WALDRON, JEREMY, *op. cit.*, p. 277.

—por lo tanto— también de la democracia deliberativa deben, por razones conceptuales, estar garantizados para el funcionamiento del modelo. Se aludiría a, parafraseando a Norberto Bobbio (1986), aquellas condiciones que hacen posible el juego democrático: los derechos individuales tales como la libertad de expresión, la libertad de asociación y de reunión, derecho al acceso a la información pública, y en general, a todos los derechos políticos.⁽¹⁷⁾

4.

Ahora, más allá de los problemas que se señalaron respecto al argumento del valor epistémico de la deliberación democrática, lo cierto es que —de resultar adecuado— tampoco la supuesta compatibilidad entre ambos tipos de justificaciones funcionaría como tal. Por el contrario, los presupuestos sobre los que cada una de ellas se asienta entrarían en directa colisión. Y, en última instancia, ello mostraría que la única defensa atendible de esta concepción debería proceder del valor intrínseco del procedimiento deliberativo democrático.

Por un lado, como fuera dicho, la tesis que justifica la deliberación democrática por su valor intrínseco como procedimiento que mejor honra ciertos valores, rescata el valor de la autonomía política como uno de esos principios fundamentales que se ve garantizado por la deliberación colectiva. De ese modo, es perfectamente factible que aun haciendo pleno ejercicio de esa autonomía, los participantes del proceso deliberativo democrático arriben a resultados injustos o que no se ajustan a ciertos criterios de corrección morales, y aun así sean legítimos. Por el contrario, la tesis del valor epistémico de la democracia tiene siempre en miras la posibilidad de alcanzar decisiones políticas justas o sustantivamente correctas. En este sentido, o bien se opta por proteger el valor de la autonomía política, aceptando el riesgo de que se tomen decisiones sustantivamente injustas; o bien, se opta por proteger ciertos valores morales independientes y previos al proceso, que la democracia deliberativa permitiría conocer y alcanzar. Si bien la mejor hipótesis imaginable es que mediante el ejercicio de la autonomía política se tomen decisiones justas o moralmente correctas, debe reconocerse que no es la única.

(17) BOBBIO, NORBERTO, "Democracia", en N. Bobbio, N. y N. Mateucci, *Diccionario de política*, México, Siglo XXI, 1986.

En este contexto, si se quieren evitar los problemas que atacarían al argumento epistémico, parece que la democracia deliberativa debe justificarse por ser el procedimiento de toma de decisiones que mejor honra la igual autonomía política de los ciudadanos.

En consecuencia, es perfectamente posible defender la deliberación colectiva por todo lo que ella puede aportar en la discusión de la agenda pública y en la justificación de decisiones políticas. Claro que, así visto, la deliberación democrática puede ver reducido su aporte, limitándose a ser solo un auxiliar más en el proceso de toma de decisiones. Sin embargo, los principios sobre los que se asienta este procedimiento son totalmente honrados, sin necesidad de asumir nada similar a la objetividad ni al cognitivismo en materia moral.

Referencias bibliográficas

- BAYÓN, JUAN CARLOS, “Derechos, democracia y constitución”, en *Revista Discusiones*, n° 1, Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, 2000, pp. 65/94.
- BOBBIO, NORBERTO, “Democracia”, en N. Bobbio y N. Mateucci, *Diccionario de política*, México, Siglo XXI, 1986.
- ELSTER, JON, *Deliberative Democracy*, Cambridge, trad. de José María Lebrón, Cambridge University Press, Barcelona, Gedisa, 2001.
- FEARON, JAMES, “Deliberation as Discussion”, en Jon Elster, *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- GARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- GARGARELLA, ROBERTO, “Constitución y democracia”, en R. Gargarella (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2008.
- GUARIGLIA, OSVALDO, y VIDIELLA, GRACIELA, *Breviario de ética*, Buenos Aires, Edhasa, 2011.
- HABERMAS, JÜRGEN, “Tres modelos de democracia: sobre un concepto de una política deliberativa”, en *Revista Debats*, n° 39, Valencia, 1992, pp. 18/21.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Faktizität und Geltung*, Madrid, Trotta, 1998.
- MARTÍ, JOSÉ LUIS, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- MORESO, JOSÉ JUAN, *La constitución: modelo para armar*, Barcelona, Marcial Pons, 2009.
- NINO, CARLOS, *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- NINO, CARLOS, *The Constitution of Deliberative Democracy*, trad. de Roberto Saba, Barcelona, Gedisa, 1997.
- PINTORE, ANNA, *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa, ETS, 2010.
- WALDRON, JEREMY, *Law and Disagreement*, trad. de Águeda Quiroga y José Luis Martí, Oxford, Clarendon Press, Barcelona, Marcial Pons, 2004.

Persona y cuerpo: reflexiones desde el discurso jurídico

Cuerpo y vida en el paradigma jurídico-político de la Modernidad

NATALIA S. BELLENE⁽¹⁾



Palabras clave: sujeto jurídico, persona, cuerpo, biopolítica.

Al abordar las formas en que el derecho se ha referido al hombre, a través de la configuración de sujetos de derechos —cuestión que se convertido en el eje de nuestra investigación—, la mirada respecto del cuerpo y de la vida, como categorías jurídico-filosóficas, se presentó como una tarea ineludible.

La idea de este trabajo es analizar la forma en que el discurso jurídico se ha expresado respecto del cuerpo y la vida, y qué alcance y sentido tienen los derechos subjetivos vinculados con el cuerpo y la vida.

Sin caer en un análisis puramente positivista sobre los derechos del cuerpo, intentamos hacer un análisis crítico desde otros espacios de reflexión más allá de lo jurídico. Esos otros espacios de reflexión, que en nuestro caso son la filosofía y la biopolítica, nos aportan elementos para penetrar un poco más profundo, más allá de lo que aparece

(1) Facultad de Derecho, UNCUYO.

escrito en la ley, para hacer un análisis arqueológico, en términos de Foucault, y poder llegar a las estructuras de poder, a las ideas, a las funciones históricas, al tipo de relaciones, entre otras cuestiones que se ponen y se pusieron en juego a la hora de regular tal o cual aspecto de la vida de los hombres.

Esta cuestión forma parte de un planteo más extenso. En el presente trabajo, expondré dos posturas que se enmarcan dentro de ese debate: una desarrollada por Roberto Esposito, que plantea una continuidad, aunque no en las apariencias, del dispositivo de la persona del derecho romano en el derecho moderno. Y otra que desarrolla Agamben en un artículo llamado “Política del exilio”, en el que expresa que las declaraciones modernas de derechos tienen una función histórica específica: la de incorporar a la vida, como hecho biológico, o más bien el inicio de la vida, el nacimiento, al mundo jurídico-político, y así dar fundamento a la nación-Estado.

La importancia del análisis de Esposito está en que nos muestra el rol que jugó el cuerpo en el derecho moderno, el cual fue concebido como parte inferior de la persona sometida al dominio de la razón. Del análisis comparativo que hace de lo que él llama el “dispositivo de la persona” —para subrayar su rol preformativo, es decir, productor de efectos reales— en el derecho romano y en el subjetivismo de la modernidad, concluye que en el derecho moderno se mantiene la cosificación del cuerpo, del “hombre natural” como él lo llama, al punto de presentarlo como un estrato inferior de los hombres necesariamente sometido a la voluntad y a la razón. Esta separación entre persona y hombre natural (cuerpo) trae aparejada una serie de categorías jurídicas abstractas a las cuales se puede acceder en razón de alcanzar o no un estatus personal.

El paradigma político moderno se sostuvo con una idea de hombre capaz de manejar sus pasiones e incluso su voluntad más allá de las necesidades que le presente su simple vida reproductiva. Si el individuo sumergido en la corporeidad de su propia vida vegetativa no es capaz de gobernarse a sí mismo, ¿cómo podría dar lugar intencionalmente al orden político hasta el punto de que deriven de éste sus propios derechos subjetivos?, se pregunta Esposito.⁽²⁾

(2) ESPOSITO, ROBERTO, *Tercera persona. Política de la vida y filosofía de lo impersonal*, Buenos Aires, Amorrortu, 2009, p. 17.

La teorización⁽³⁾ de un doble estrato biológico dentro de todo ser viviente —que apareció de la mano de Bichat dentro del saber médico, luego se tradujo al campo filosófico con Shopenahuer, y con Compte al sociológico—, de dos zonas, uno de tipo vegetativo e inconsciente y uno de carácter cerebral y racional, inició un proceso de subjetivación que modificó en forma drástica el cuadro de la concepción política moderna.⁽⁴⁾

Es decir, el derecho moderno concibió al hombre como centro de imputación jurídica y sujeto racional de acción política. Un ser puramente racional y autónomo, capaz de controlar su voluntad y sus pasiones con su razón, dándole al cuerpo y a las necesidades puramente biológicas una especie de estrato inferior que siempre puede ser dominado por la razón superior.

Esta forma de pensar al hombre como dotado de dos partes, dos zonas yuxtapuestas de diferente valor, se tradujo en los derechos subjetivos y prácticamente en todas las instituciones jurídicas clásicas, penetrando de ese modo en los ordenamientos jurídicos decimonónicos como el nuestro.

Esta especie de desnivel en relación con el cuerpo estaba ya implícito en la noción de persona del derecho romano, entendida como máscara que se adhiere al rostro del actor sin identificarse con él. Luego, la tradición cristiana se apropió del concepto poniéndolo en el centro de la figura trinitaria, y profundizó aún más la brecha agregándole un significado metafísico. Aunque está ligada de manera indisoluble a un cuerpo viviente, la persona no coincide en forma íntegra con él e incluso encuentra su elemento más intrínseco justamente en esa no coincidencia que le permite el tránsito a la vida ultraterrena.⁽⁵⁾ “Tan esencial es esta connotación (persona en mucha más que un cuerpo viviente) que se replantea, por cierto que secularizada, en el dualismo cartesiano entre *res cogitans* y *res extensa* y, a través de él, en la cultura moderna entera”.⁽⁶⁾

Sin embargo, más allá de esto, para Esposito el elemento más perdurable, en cuanto a significado y destino del concepto, lo marcó el derecho romano. Y ese aparato conceptual reaparece en el derecho moderno aunque con discontinuidades y rupturas.

(3) Para Esposito, esta teorización apareció de la mano de Bichat dentro del saber médico, luego se tradujo al campo filosófico con Shopenahuer y con Compte al sociológico.

(4) ESPOSITO, ROBERTO, *ibid.*, p. 16.

(5) *Ibid.*, pp. 19 y 20.

(6) *Ibid.*, p. 20.

El “dispositivo de la persona” se basa en la separación supuesta y recurrente entre persona como entidad artificial y hombre como ser natural para el que puede ser apropiado o no un estatus personal. “Esta separación sistemática no es otra cosa que la primera y originaria distinción entre categorías abstractas, pero concretísimas en cuanto a los procedimientos de exclusión que originan plasmadas por el derecho romano”.⁽⁷⁾

A través de esas categorías abstractas, el hombre entra al mundo del derecho, no de otra manera, por eso el derecho genera necesariamente mecanismos de exclusión de hombres concretos que no alcanzan alguna categoría jurídica. No es suficiente ser hombre y nada más que hombre para ser titular de derechos, tal como explica Hannah Arendt en su obra *Los orígenes del totalitarismo*.⁽⁸⁾ No obstante, agrega Esposito refiriéndose al derecho romano:

“...la tremenda potencia de este dispositivo ha de buscarse no en la delimitación normativa entre las diversas categorías, sino en las zonas de indistinción que determinan en sus confines, en particular aquélla, decisiva en todo sentido, que caracteriza a la condición de esclavo, situado justamente en el medio o en el tránsito entre persona y cosa y por consiguiente definible como cosa viviente y como persona reificada...”.⁽⁹⁾

“En realidad la condición de esclavo es la punta más visible de todo un mecanismo de disciplina social, que funciona precisamente por medio del continuo desplazamiento de los umbrales categoriales que definen o producen el estatus de todos los seres vivientes (...) y en el sentido más acabado ser plenamente persona significa mantener o empujar a otros individuos vivientes hacia los límites de la cosa...”.⁽¹⁰⁾

Ese funcionamiento de exclusión, de dejar fuera del ámbito de lo que el derecho define como persona, ciudadano o sujeto de derecho a hombres reales, concretos que no cumplían con ciertas exigencias normativas fue claramente reproducido por el derecho moderno.

(7) *Ibid.*, pp. 20 y 21.

(8) ARENDT, HANNAH, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Taurus, 1998.

(9) *Ibid.*, p. 21.

(10) *Ibid.*, p. 21.

Para Arendt el derecho no puede funcionar de otra forma, funciona excluyendo; se trata de un dispositivo inmanente en la forma jurídica misma que deja en los márgenes a quienes no pueden por alguna razón, ya sea por su condición de extranjeros, por su condición social o simplemente por ser hombres o mujeres reales, corpóreos y nada más que eso, entrar en alguna de las categorías abstractas que el derecho utiliza para otorgar a los hombres el estatus de persona.

Es decir que la separación funcional entre derecho y hombre que caracteriza al dispositivo de la persona romana, se reproduce, con una serie de variaciones, a lo largo de todo el itinerario de la concepción jurídica moderna y penetra profundamente en nuestro tiempo. Sin embargo, en el tránsito de formalismo objetivista romano al subjetivismo individual de los derechos modernos parece haber quedado en el camino la noción de persona como una máscara que se adhiere o no a los hombres y les otorga el estatus de sujetos de derechos. En este sentido, afirma Esposito:

“En el momento en que a partir de la Revolución Francesa, pero ya desde Hobbes, son atribuidos a todos los hombres, igualados en primer lugar por el Estado común de súbditos y luego por el de ciudadanos, los derechos humanos, la separación romana entre distintas categorías humanas parecía caer junto con la distancia originaria entre máscara y rostro: no sólo porque, por así decir, todo hombre tiene ahora su máscara, sino porque la máscara se adhiere a su rostro de manera intrínseca, que deviene en parte integrante de él”.⁽¹¹⁾

Ahora bien, esta representación deja afuera una gran parte de la realidad, por lo cual el ideario moderno de reconocer a todos los hombres la calidad de personas y hacerlos sujetos de los derechos fundamentales pierde sentido.

La definición moderna de persona, sobre todo en el plano jurídico, se refiere a todos los hombres pero en su faceta racional o moral. “Persona es aquéllo que en el cuerpo es más que el cuerpo, es decir, el personalismo moderno en todas sus expresiones reinstala en cada individuo la separación entre sujeto personal y ser humano”.⁽¹²⁾

(11) *Ibid.*, p. 23.

(12) *Ibid.*, p. 23.

De esta manera, los derechos subjetivos se refieren, antes que al hombre integral, tan sólo a esta parte superior, de tipo racional o espiritual, que ejerce su dominio sobre la zona puramente biológica, al cuerpo, que es empujada al régimen del objeto. "Tener derechos, desde este punto de vista, es ser sujetos de la propia objetivación".⁽¹³⁾

En ese sentido, al momento de colaborar con la redacción de la Declaración Universal de Derechos de 1948, Jaques Maritain define persona como aquélla cualificada por la soberanía que todo hombre ejerce sobre su propio ser animal.

Así, los proclamados derechos de la personalidad tienen como objeto al propio sujeto, son la expresión más antinómica de la maquinaria lógica que entrega al sujeto la propiedad y, por lo tanto, la objetivación de sí mismo. Y de ese modo, se reintroduce el dualismo que se pretendía superar, es decir, la escisión penetra desde el exterior hacia el interior dividiendo al hombre nuevamente en dos zonas: un cuerpo biológico y un centro de imputación jurídica; la primera sometida al control discrecional de la segunda.

Para Esposito, a partir de este presupuesto, al contrario de lo que pueda parecer a primera vista, la corporización biopolítica de la persona y la personalización espiritualista del cuerpo se inscriben en el mismo círculo teórico. Análoga afirmación corresponde a la relación, sólo en apariencia contrastativa, entre liberalismo y biopolítica. Una vez más, entra en cuestión el vínculo diferencial entre persona y cuerpo.⁽¹⁴⁾

Por su parte, Agamben, para explicar el problema del exilio, agrega una cuestión más a la separación entre persona y hombre, que es la noción de ciudadanía. En el sistema del Estado-nación los derechos sagrados e inalienables de los hombres aparecen desprovistos de toda tutela y realidad precisamente en el momento en que no es posible configurarlos como derechos de los ciudadanos de un Estado. Es decir, un hombre es titular de derechos en tanto sea ciudadano de tal o cual Estado. La noción de persona y de sujeto de derecho aparecen íntimamente ligadas a la de ciudadano.

Para Agamben, esta idea está implícita en la ambigüedad que entraña en título mismo de la declaración de 1789: Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la que no queda claro si los dos términos

(13) *Ibid.*, p. 24.

(14) *Ibid.*, pp. 24 y 25.

nombran dos realidades autónomas o un sistema unitario en el cual el primero está siempre contenido y oculto en el segundo.⁽¹⁵⁾

El fenómeno de multiplicación de declaraciones y convenciones de derechos humanos en el ámbito de entidades supranacionales que se dio en la segunda posguerra llevó a confundir el significado histórico del fenómeno. Ya no podemos sostener que las declaraciones de derechos son proclamaciones gratuitas de valores eternos metajurídicos, sino más bien entenderlas en el contexto en el que se configuraron con una función histórica real para la formación de los Estados-nación. Agamben sostiene que:

“...las declaraciones de derechos representan la figura originaria de adscripción de la vida natural al ordenamiento jurídico-político de la nación-Estado. Aquella desnuda vida natural que para el Antiguo Régimen era políticamente indiferente y pertenecía, en tanto criatura, a Dios, y en el mundo clásico, era claramente distinta como *zoé* de la vida política (*bios*), entra ahora en primer plano en la estructura del Estado y hasta se convierte en el fundamento de su legitimidad y soberanía”.⁽¹⁶⁾

Es precisamente la desnuda vida natural, es decir, el hecho del nacimiento, lo que aquí se presenta como fuente y portador del derecho. Pero además, la vida natural que inaugura la biopolítica de la modernidad formando la base del ordenamiento se disipa en la figura del ciudadano, en el que los derechos se “conservan”, en palabras textuales de la declaración de 1789.

“Las declaraciones de derechos deben verse entonces como el lugar en el que se lleva a cabo el paso de la soberanía real de origen divino a la soberanía nacional. (...)”

El principio de nacimiento y el de soberanía, separados en el Antiguo Régimen (donde el nacimiento daba lugar sólo al súbdito) se unen ahora irrevocablemente en el cuerpo del sujeto soberano para constituir el fundamento de la nueva nación-Estado. No puede comprenderse la evolución y la vocación 'nacional' y 'biopolítica' del Estado moderno en los siglos XIX y XX si se olvida que lo que lo fundamenta no es el

(15) AGAMBEN, GIORGIO, “Política del exilio”, en *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 82.

(16) AGAMBEN, GIORGIO, *ibid.*, p. 82.

hombre como sujeto político libre y consciente, sino y ante todo, su vida desnuda, en simple nacimiento, que en el paso del súbdito al ciudadano, queda investida en cuanto tal del principio de soberanía. La ficción aquí implícita es que el nacimiento se convierte inmediatamente en nación (...). Los derechos se atribuyen al hombre tan sólo en la medida en que este es el fundamento del concepto de ciudadanía".⁽¹⁷⁾

De ahí la importancia que adquieren en la modernidad los dos criterios jurídicos tradicionales del *ius soli* o del *ius sanguinis*, que sirven para identificar la ciudadanía, es decir, la adscripción primaria de la vida al orden estatal.

Para el Antiguo Régimen, no tenían un significado político esencial porque expresaban sólo una relación de sumisión, en cambio con la Revolución Francesa, adquieren una importancia decisiva: la ciudadanía no se identifica con una genérica sumisión al orden real ni encarna simplemente el nuevo principio igualitario, sino más bien nombra el nuevo estatuto de la vida como origen y fundamento de la soberanía (*les membres du souverain*).

De ahí la centralidad y ambigüedad de la noción de ciudadanía en el pensamiento moderno que llevó a Rousseau a afirmar que "...ningún autor francés ha comprendido el verdadero sentido de la palabra ciudadano...".

Pero también de ahí se deriva la multiplicidad de disposiciones normativas tendientes a precisar qué hombre es ciudadano y qué hombre no y a estructurar y reducir gradualmente el círculo del *ius soli* y del *ius sanguinis*.

Lo que hasta ahora no había significado un problema político (determinar qué es francés o qué es alemán) se convierte en una cuestión política central en permanente definición.

Fascismo y nazismo son, sobre todo, una redefinición de la relación entre hombre y ciudadano y por más que ello pueda parecer paradójico, sólo pueden entenderse completamente si se sitúan en el trasfondo biopolítico inaugurado por la soberanía nacional y las declaraciones de derechos.

Referencias bibliográficas

AGAMBEN, GIORGIO, "Política del exilio", en *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000.

ESPOSITO, ROBERTO, *Tercera persona. Política de la vida y filosofía de lo impersonal*, Buenos Aires, Amorrortu, 2009.

(17) *Ibid.*

A impossibilidade histórica do decisionismo de Carl Schmitt como fundamento da ordem constitucional

PAOLA COELHO GERSZTEIN⁽¹⁾



Palavras-chave: decisionismo, Carl Schmitt, Constituição

1. Introdução

Neste trabalho, partimos das formulações de Thomas Hobbes acerca da soberania para buscarmos a origem do decisionismo de Carl Schmitt. Apesar da indiscutível influência exercida sobre o pensamento de Schmitt, reconhecemos que o pressuposto antropológico de Hobbes falhou, pois a obediência ao poder instituído, ao Leviatã, não se deve ao medo, mas à lealdade suscitada pelo governante.

Para que este trabalho prime pela clareza, abordaremos a teoria decisionista de Carl Schmitt sob quatro aspectos: i) a decisão que distingue entre amigo e inimigo e, assim, consubstancia o critério do político necessário à própria definição do Estado; ii) o conceito de exceção e a decisão como fundamento da soberania estatal; iii) a decisão como

(1) Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito (Universidade de Lisboa).

fundamento da ordem constitucional, da qual emana a validade do ordenamento jurídico.

É patente a atualidade do pensamento de Schmitt, pois seu critério como definidor do político, —a distinção amigo-inimigo— bem como sua noção de soberania intrinsecamente ligada à exceção, são diariamente tratadas nos jornais de todo o mundo quando se leem as notícias de Política Internacional. Um exemplo gritante é a “guerra” travada entre a política norte-americana e a islâmica,⁽²⁾ na qual as nações são vistas como “inimigas do Estado” e, nos casos de prisão, as pessoas não são sequer tratadas como prisioneiras de guerras, sendo muitas vezes executados de forma sumária, sem julgamento, mesmo pelo país que se autoproclama como “o grande defensor da democracia”.

2. Sobre Carl Schmitt

Carl Schmitt nasceu em Plettenberg, em 1888, no seio de uma família católica, circunstância que exerceu importante influência em sua formação intelectual.⁽³⁾

Apenas a título de exemplo, são peremptórias as seguintes assertivas de Schmitt: “todos os conceitos concisos da teoria do Estado moderno são conceitos teológicos secularizados”⁽⁴⁾ e “o estado de exceção tem um significado análogo para a jurisprudência, como o milagre para a teologia”.⁽⁵⁾

Schmitt era um ano mais velho do que Adolf Hitler, “homem que se tornou seu fardo”,⁽⁶⁾ e, após a escola, seguiu um tradicional caminho acadêmico em Direito,⁽⁷⁾ com o exercício da docência universitária —sua principal

(2) O termo “islâmica” aqui adotado refere-se aos grupos que declaram guerra aos Estados Unidos e ao Ocidente e não contém absolutamente nenhuma crítica de matriz religiosa.

(3) SOSA esclarece que “Em Teologia Política, Schmitt desenvolve uma série de categorias como decisão, exceção, amigo-inimigo, soberania e secularização do político, que adotam uma conotação de categorias dogmáticas como os dogmas da religião a serem levados ao âmbito do político como conceitos teológicos secularizados”. Cfr. *Carl Schmitt...*, p. 271

(4) SCHMITT, CARL, *Teologia Política*, Belo Horizonte, Del Rey, 2006, p. 35

(5) SCHMITT, CARL, *Teologia...*, p. 35.

(6) A expressão é de Jürgen Habermas in *Liquidando os Danos – Os Horrores da Autonomia*, Apresentação, in Schmitt, Carl, *O Conceito do Político. Teoria do Partisan*. Belo Horizonte, Del Rey, 2009, p. VII

(7) DYZENHAUS, DAVID, *Why Carl Schmitt?* In *Law as Politics – Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, org. David Dyzenhaus, p. 1/2

ocupação nas Universidades de Estrasburgo, Berlim e Colônia— e a participação política ativa com o Partido Nacional Socialista, o que o levou a ocupar cargos públicos importantes, ao ponto de ser considerado o justificador do regime político nazi.

Durante as três primeiras décadas do Século XX, período caracterizado pela efervescência de um contexto alemão marcado pelos extremismos políticos que levariam ao fim a República de Weimar, Schmitt dedicou-se à pesquisa sobre o conceito do político, a decisão, o estado de exceção e a soberania, bem como ao estudo da tensão entre os mundos terrestre e oceânico.⁽⁸⁾

Uma de suas preocupações centrais é a crise da unidade política, por meio do Estado, em uma democracia de massas. Seus textos escritos durante o conturbado período da República de Weimar expressam sua perplexidade com as instituições liberais-representativas na democracia do sufrágio universal (na Alemanha, desde 1918, sufrágio universal masculino e feminino) e o que ele entende como a ampliação da esfera estatal —e política— para todas as áreas da vida social, o que causaria a perda do *monopólio do político* pelo Estado.⁽⁹⁾

Carl Schmitt é considerado um dos críticos da Modernidade.⁽¹⁰⁾

Suas críticas fundamentam-se na transposição do interesse, por parte da sociedade moderna, da esfera política à econômica, mudança iniciada nos anos 20, que ensejou a renúncia estatal ao princípio da soberania, ocasionando, assim, a despolitização do Estado, por meio do não intervencionismo e do predomínio da iniciativa individual.⁽¹¹⁾

Em função de tais críticas e de suas teorias políticas, alicerçadas sobre o conceito de decisão, soberania e estado de exceção, Carl Schmitt é considerado como um dos principais críticos do liberalismo.

Já no final dos anos 20, Schmitt alcança uma considerável reputação como um inovador acadêmico da cultura política e do Direito, selada pela publi-

(8) OLIVEIRA, MARCELO ANDRADE CATTONI DE; MACHADO, FELIPE DANIEL AMORIM. *Entre Schmitt e Arendt: As Bases para um Diálogo sobre a Constituição do Político*. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza-CE, entre 9 e 12 de Junho de 2010, p. 5528.

(9) BERCOVICI, GILBERTO, *As possibilidades de uma Teoria do Estado*. In *Revista de História das Ideias*, v. 26, Coimbra, 2005, p. 13.

(10) SOSA, *Carl Schmitt...*, p. 267.

(11) SOSA, *Carl Schmitt...*, p. 268.

cação, em 1928, de um monumental trabalho acerca da Constituição de Weimar e da teoria constitucional em geral – sua *Verfassungslehre*.⁽¹²⁾

Como Martin Heidegger, Schmitt foi impedido de lecionar após a Segunda Guerra, mas exerceu relevante influência sobre o desenvolvimento do Direito Público e da teoria política na Alemanha, não só por seus trabalhos escritos, mas também pelos seminários privados nos quais assumiu o papel de eminência parda.⁽¹³⁾

Schmitt faleceu em 1985, aos noventa e sete anos, em sua cidade natal e, nas palavras de Jürgen Habermas: “Necrológios inflamados testemunham: ainda hoje se dividem as opiniões sobre Carl Schmitt”.⁽¹⁴⁾

Habermas ressalta a estranheza gerada na Inglaterra e nos Estados Unidos ao se saber por que um homem como Carl Schmitt ainda exerce uma considerável influência intelectual na Alemanha. Dentre as respostas por ele encontradas, merece destaque o reconhecimento da qualidade da obra de Schmitt, cuja brilhante *Verfassungslehre*, de 1928, demonstra que ele foi um competente especialista em direito público, o qual, enquanto adversário sagaz, foi também levado a sério pelos juristas mais influentes da era de Weimar, como Richard Thoma, Hermann Heller e Rudolf Smend.⁽¹⁵⁾

Habermas afirma ainda ser atual a objeção schmittiana ao “significado geral da crença na discussão”, cuja crítica atinge o cerne do racionalismo ocidental. Nas palavras do filósofo: “O fato de se assemelharem os tons, tanto naquela época quanto hoje, é motivo o bastante para causar empalidecimento”.⁽¹⁶⁾

Concordamos com a atualidade e com a preocupação defendidas por Habermas, pois a atualidade e o relevo da compreensão do pensamento de Carl Schmitt serão sobejamente demonstrados ao longo deste trabalho.⁽¹⁷⁾

(12) DYZENHAUS, *Why...*, pp. 1/2.

(13) DYZENHAUS, *Why...*, pp. 2/3

(14) HABERMAS, *Liquidando...* in Schmitt, *O Conceito...*, p. VII

(15) HABERMAS, *Liquidando...*, in Schmitt, *O Conceito...*, p. XIII

(16) HABERMAS, *Liquidando...*, in Schmitt, *O Conceito...*, p. XIX

(17) Veja-se a título de exemplo o comentário formulado por Joaquim Carlos Salgado na Apresentação à edição de *Legalidade e Legitimidade* adotada neste trabalho: “O afastamento do pensamento de Schmitt das discussões acadêmicas foi um fenômeno mundial que incluiu o Brasil. Por exemplo, um filósofo do direito sério e competente como João Maurício Adeodato, no seu livro *O problema da Legitimidade – No rastro do pensamento de Hannah*

3. O decisionismo de Carl Schmitt

3.1. O legado de Hobbes

Como ressalta Omar Astorga, Norberto Bobbio traçou uma linha que talvez possa ser considerada simples, mas é bastante reveladora sobre o desenvolvimento da Filosofia Política na Modernidade. Esta linha é um tipo de curva que tomou duas grandes direções. Por um lado, constitui um movimento ascendente que vai do indivíduo e da sociedade ao Estado, como se pode inferir do transcurso que liga Hobbes a Hegel. Por outro lado, é o movimento que vai do Estado rumo à sociedade, consoante a interpretação marxista. O desenvolvimento desta curva, ou deste lapso histórico, ocorreu entre os Séculos XVII e XIX.⁽¹⁸⁾

O mesmo autor adverte que face às diversas correntes de fundamentação do Estado surgidas nos Séculos XIX e XX —quando se cruzam o liberalismo e a socialdemocracia e surgem tendências extremistas que vão do totalitarismo ao neoliberalismo— a referida curva ascendente, que justificaria o Estado a partir do indivíduo e da sociedade, não vai somente de Hobbes a Hegel, mas encontra em Carl Schmitt e, posteriormente, no neocontratualismo de John Rawls, um momento decisivo de reinterpretação.⁽¹⁹⁾

É desnecessário empenhar um esforço especial para destacar o relevo que a obra de Thomas Hobbes exerceu sobre o pensamento político de Carl Schmitt, não somente pelo notório estudo que o filósofo alemão dedicou à imagem e ao conceito do Leviatã —*Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*— mas pelas recorrentes referências a Hobbes e, principalmente, pela conexão teórica existente entre ambos,⁽²⁰⁾ consubstanciada em um *alicerce antropológico comum*, que remete à centralização do poder. Não se trata de simplesmente “considerar o homem

Arendt, não menciona Carl Schmitt uma só vez. Teria lugar no bem elaborado Capítulo II”. A referida obra de Adeodato é, inclusive, amplamente citada neste trabalho, e o comentário de Salgado ressalta a importância da relação entre as teorias dos dois pensadores enfocados neste estudo.

(18) ASTORGA, OMAR, *El Laberinto de la Guerra: Tres Derivas Hobbesianas*. In RF, v. 26, n° 59, Agosto/2008, p. 43.

(19) ASTORGA, OMAR, *El Laberinto...*, p. 43/44.

(20) ASTORGA OMAR adverte que, ao mesmo tempo em que destaca a influência de Hobbes sobre o pensamento de Schmitt, releva sua implacável crítica ao formalismo jurídico que vai de Kant a Kelsen, bem como pela “radicalidade de suas fórmulas absolutistas sobre o problema da soberania no Século XX”. Ver *El Laberinto...*, p. 48.

«mau por natureza», mas de compreender a forma como se articulam as forças que dão lugar às relações de poder e domínio”.⁽²¹⁾

Thomas Hobbes parte de um axioma científico, a natureza humana, e define o homem como um ser racional, cuja curiosidade é a única paixão que os animais não possuem, constituindo-se na verdadeira diferença entre o homem e o bicho.⁽²²⁾

O filósofo inglês define a igualdade como igual capacidade de matar⁽²³⁾ e afirma que os homens não retiram nenhum prazer da companhia uns dos outros, “quando não existe um poder capaz de manter a todos em respeito”,⁽²⁴⁾ o que causa a *guerra de todos os homens contra todos os homens*.

Renato Janine Ribeiro esclarece que o estado de natureza em Hobbes não constitui um tempo passado, no qual seríamos selvagens. O estado de natureza é a possibilidade, sempre latente, de que, na falta de um poder que, em última instância, arbitre todas as questões, possamos recair no estado de guerra de todos contra todos. Assim, “o estado de natureza não é um princípio passível de superação definitiva: ele é um risco ou perigo sempre iminente”.⁽²⁵⁾

Lênio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes definem-no como uma *hipótese lógica negativa*, sem existência real. Esta hipótese reflete como seriam o homem e o convívio entre os homens fora de um contexto social;

(21) ASTORGA, OMAR, *El Laberinto...*, p. 60.

(22) Segundo o filósofo inglês: “O desejo de saber o porquê e como chama-se curiosidade, e não existe em qualquer criatura viva a não ser no homem. Assim, não é só por sua razão que o homem se distingue dos outros animais, mas também por esta singular paixão. Nos outros animais o apetite pelo alimento e outros prazeres dos sentidos predominam de modo tal que impedem toda preocupação com o conhecimento das causas, o qual é um desejo do espírito que, devido à persistência do deleite na contínua e infatigável produção do conhecimento, supera a fugaz veemência de qualquer prazer carnal”. Cfr. Hobbes, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 25.

(23) Em suas palavras: “A natureza fez os homens tão iguais, quanto as faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isto em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele. Porque quanto à força corporal o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, quer por secreta maquinação, quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo”. Ver *Leviatã...*, p. 45.

(24) HOBBS, *Leviatã...*, p. 46

(25) RIBEIRO, RENATO JANINE, *Prefácio* in Hobbes, Thomas, *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 23.

é uma abstração cuja finalidade é a *legitimação de uma sociedade política organizada*.⁽²⁶⁾

Já o direito de natureza é a liberdade que todo homem possui de usar seu poder, da forma que quiser, para preservar sua própria natureza, sua própria vida. E a liberdade, por sua vez, é a ausência de impedimentos externos para que esta preservação seja garantida.⁽²⁷⁾

O homem hobbesiano é pensado sem quaisquer parâmetros morais, centrado na autopreservação, que será mutuamente destrutiva na ausência de uma força que a contenha.

Para garantir sua autopreservação e a proteção contra as invasões estrangeiras, os homens conferem a um homem ou a uma assembleia de homens o poder de reduzir todas as vontades a uma só vontade, todas as decisões a uma só decisão. E aquele que detém todas estas vontades e decisões é o soberano, o *Leviatã*.⁽²⁸⁾

Assim, o contrato, instrumento de emancipação contra o estado de natureza e de legitimação do poder político,⁽²⁹⁾ não se contitui em um momento *histórico*, mas em um momento *lógico*, *escolhido* pelos homens.⁽³⁰⁾ Pereira Coutinho classifica-o como uma “voluntarística soberania a ser estritamente obedecida, sob pena de não se cumprir o seu propósito pacificador”.⁽³¹⁾ Há em Hobbes, portanto, uma correspondência direta entre a soberania (“poder nu”) e uma antropologia centrada na autopreservação mutuamente destrutiva.⁽³²⁾

(26) STRECK, LENIO LUIZ E MORAIS, JOSÉ LUIS BOLZAN DE, *Ciência Política e Teoria do Estado*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30.

(27) HOBBS, *Leviatã*..., p. 47.

(28) Consoante. HOBBS: “Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e pela ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. É nele que consiste a essência do Estado, a qual pode ser assim definida: Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum”. Ver *Leviatã*..., p. 61.

(29) STRECK e MORAIS, *Ciência*..., p. 30.

(30) COUTINHO, LUIS PEDRO PEREIRA, *A Autoridade Moral da Constituição: Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra Editora: 2009, p. 24.

(31) COUTINHO, *A Autoridade*..., p. 24.

(32) COUTINHO, *A Autoridade*..., pp. 24/25.

Como já ressaltamos, a formação católica de Schmitt exerceu profunda influência sobre sua obra. Assim é que Carl Schmitt, no papel de um “teólogo moralista”, não se preocupava em *decidir questões políticas*, mas em *assentar as bases éticas sobre as quais devem ser tomadas as decisões*. Seu interesse repousava na necessidade de ordenação do sistema para alcançar as decisões indispensáveis; um sistema político ordenado seria um Estado que pusesse fim à guerra civil. Daí sua especial inclinação ao pensamento de Hobbes.⁽³³⁾

Em suas palavras: “O Estado é para Hobbes a evitação permanente da guerra civil graças a um poder gigantesco. Daí que um dos dois monstros, o Leviatã, o «Estado», subjogue sempre o outro, o Behemoth, a Revolução”.⁽³⁴⁾

Pode-se mesmo afirmar que, segundo Schmitt, o Estado idealizado por Hobbes não comporta direito de resistência,⁽³⁵⁾ pois “O Leviatã de Hobbes, composto de Deus e homem, animal e máquinas, é o deus mortal que aos homens traz paz e segurança, e que por esta razão —não em virtude do 'direito divino dos reis'— exige obediência absoluta. Frente a ele não cabe direito algum de resistência fundado em um direito superior ou distinto, ou por motivos e argumentos religiosos”.⁽³⁶⁾

Paulo Otero esclarece ainda que, em Hobbes, o direito de resistência considera-se *transferido a quem exerce o poder coercitivo*.⁽³⁷⁾ Com efeito, o contrato é, em essência, a transferência ao soberano do direito de resistência.

(33) IRIBARNE, MANUEL FRAGA, *Carl Schmitt: el hombre y la obra*. In Revista de Estudios Políticos, n° 122, Madrid, Março-Abril/1962, p. 9.

(34) SCHMITT, CARL, *El Leviathan En la Teoría del Estado de Tomás Hobbes*. Buenos Aires. Struhart e Cia, sem data, p. 21.

(35) Segundo SCHMITT: “Em uma comunidade medieval, o «direito de resistência» feudal ou estamental contra um governante injusto é coisa evidente. O vassalo ou o estamento podem invocar um direito divino como seu senhor feudal ou territorial. No Estado absoluto de Hobbes, colocar o direito de resistência como “tal direito” no mesmo plano que o direito estatal, é absolutamente absurdo desde o ponto de vista dos fatos e desde o ponto de vista do direito. Frente ao “Leviatã”, mecanismo de mando tecnicamente perfeito, todo poderoso e capaz de aniquilar qualquer resistência, resulta praticamente vã toda tentativa de resistir”. Ver *El Leviathan...*, p. 45.

(36) SCHMITT, *El Leviathan...*, p. 51.

(37) OTERO, PAULO, *Instituições Políticas e Constitucionais*. V. I, Coimbra, Almedina, 2007, p. 167.

Afirma Schmitt que, em pleno Século XVII, Hobbes concebeu, com clareza surpreendente, a ideia de Estado como fruto da razão humana.⁽³⁸⁾ E, ao definir o Estado como um produto artificial do cálculo humano, Hobbes deu um passo decisivo e frutífero para a interpretação antropológica do homem.⁽³⁹⁾

A análise dos pressupostos antropológicos subjacentes à construção política é essencial para que se compreenda determinado autor, ou determinado contexto histórico.

Com efeito, segundo Schmitt, todas as teorias do Estado e ideias políticas poderiam ser examinadas quanto à sua antropologia e classificadas segundo o critério de considerar ou não, consciente ou inconscientemente, um ser humano “mau por natureza” ou “bom por natureza”. Essa diferenciação deve ser feita de forma sumária e não em um sentido especialmente moral ou ético. O decisivo é a controversa ou incontroversa concepção do homem como pressuposto de toda a ponderação política; decisiva é a resposta à questão se o homem é um ser “perigoso” ou “inócuo”.⁽⁴⁰⁾

Schmitt celebra Hobbes como “o único teórico político de categoria que teria reconhecido no domínio soberano a *substância decisionista* da política estatal”.⁽⁴¹⁾

Mesmo na análise do Capítulo XXXVII do *Leviatã*, cujo teor é metafísico, dedicado aos milagres, Schmitt reconhece o decisionismo hobbesiano.⁽⁴²⁾

(38) PEREIRA COUTINHO adverte, no entanto, que embora a construção de Hobbes pretenda ser a primeira com “base científica”, não deixa de ser grandemente tributária de Maquiavel. Em suas palavras: “Mas onde Hobbes superará Maquiavel será nos propósitos da sua construção e, conseqüentemente, na estrutura e conseqüências da mesma. O que está em causa no *Leviatã* não é apenas um «manual do governante»... Pretende-se uma determinação «científica» do «Governo». Ver *A Autoridade...*, p. 22.

(39) SCHMITT, *El Leviathan...*, pp. 36/37.

(40) SCHMITT, *O Conceito...*, p. 63.

(41) HABERMAS, *Liquidando...*, in Schmitt, *O Conceito...*, p. IX.

(42) Ver SCHMITT: “O leitor do capítulo 37 de seu «*Leviatã*» tem de aceitar que a crença nos milagres é sempre uma superstição e, no melhor dos casos, resta somente um agnosticismo radical que considera, talvez, possíveis algumas coisas, mas nenhuma verdadeira. Mas também aqui Hobbes, o grande decisionista, segue fiel a seu decisionismo. «Auctoritas, non Veritas.» Nada é verdadeiro: tudo é mandato. Milagroso é tudo o que o poder soberano do Estado manda crer como milagre, mas também o inverso – e aqui quase se toca o limite do engano – os milagres deixam de sê-lo quando o Estado o proíbe. A crítica racionalmente agnóstica de crença nos milagres, as advertências contra o engano e a farsa terminam assim: *cada soberano decide inapelavelmente dentro de seu próprio Estado o que é milagre*”. Ver *El Leviathan...*, p. 53.

Schmitt projeta em Hobbes a noção de soberania desenvolvida em sua obra *Teologia Política*, de 1922. Assim como o Leviatã só se constitui no poder que ele é ao subjugar Behemoth, *o Estado só se afirma como poder soberano quando oprime a resistência revolucionária*.⁽⁴³⁾

Lembremos que o Estado é a guerra civil continuamente impedida e que os seres humanos pereceriam em estado de natureza, caso não fossem salvos pelas limitações impostas pelo poder soberano.⁽⁴⁴⁾ *Soberano é quem decide sobre o estado de exceção*⁽⁴⁵⁾ e o soberano, na tarefa de prevenir a guerra de todos contra todos e de decidir sobre o estado de exceção, deve, como esclarece Habermas: “restringir para si a decisão sobre a definição do que é publicamente considerado verdadeiro ou justo. Seu poder de decisão é a fonte de toda validade. O Estado unicamente determina a confissão pública de seus cidadãos”.⁽⁴⁶⁾

E é justamente neste ponto que, segundo Habermas, Schmitt encontra uma grave inconseqüência no pensamento de Hobbes: a diferenciação entre “fé” e “confissão” e a declaração de neutralidade estatal perante a fé particular, a confissão dos cidadãos. Somente o culto público subordina-se ao poder do Estado. Schmitt entende que a ressalva do credo privado concedida por Hobbes é o caminho que leva à subjetividade da consciência civil e da opinião privada, que, passo a passo, tornar-se-ão a força subversiva capaz de retirar o Leviatã do trono.⁽⁴⁷⁾

Com a separação entre fé e confissão e, como consequência, entre a esfera privada e a esfera pública, Schmitt critica Hobbes por ocasionar um *esvaziamento do político*, vejamos: “Uma vez admitida a distinção entre o foro interno e o externo, já é coisa decidida, pelo menos em potencial, a superioridade do interno sobre o externo e, em consequência, do privado sobre o público. Ainda que se acate ao poder público de forma expressa e incondicional, e se respeite-o com toda lealdade, quando este Poder não é mais que um poder público, todo o poder externo está, na realidade, vazio e sem alma”.⁽⁴⁸⁾

(43) HABERMAS, *Liquidando...*, in Schmitt, *O Conceito...*, pp. IX/X.

(44) HABERMAS, *Liquidando...*, in Schmitt, *O Conceito...*, p. X.

(45) SCHMITT, *Teologia...*, p. 7.

(46) HABERMAS, *Liquidando...*, in Schmitt, *O Conceito...*, p. X.

(47) HABERMAS, *Liquidando...*, in Schmitt, *O Conceito...*, p. X.

(48) SCHMITT, *El Leviathan...*, p. 61.

Diante desta “neutralização do poder público frente aos poderes da fé privados”,⁽⁴⁹⁾ Schmitt reconhece em Hobbes a origem do Estado Liberal,⁽⁵⁰⁾ cuja concepção encontrou no filósofo alemão um de seus maiores críticos.

Paulo Otero ressalta que, apesar do *forte componente absolutista*⁽⁵¹⁾ do modelo estatal idealizado por Hobbes, onde se encontra *parte substancial do conteúdo materializador do Estado totalitário*,⁽⁵²⁾ o totalitarismo hobbesiano é *contraditório e assenta numa raiz individualista*, ao defender um poder estatal ilimitado e, ao mesmo tempo, um respeito aos interesses individuais, pois são estes que justificam a própria razão de ser do Estado e, caso este não os garanta, acabará por desaparecer.⁽⁵³⁾

(49) A expressão é de HABERMAS, in *Liquidando...*, in Schmitt, *O Conceito...*, p. XI.

(50) A título de exemplo, citamos três passagens nas quais SCHMITT reconhece em Hobbes a gênese do Estado Liberal: “O que Hobbes quer é pôr término à anarquia do direito de resistência feudal, canônico ou estamental e à guerra civil permanentemente acesa; opor ao pluralismo medieval, às pretensões das Igrejas e de outros poderes “indiretos”, a unidade racional de um poder inequívoco, capaz de proteger eficazmente, e de um sistema legal cujo funcionamento pode ser reduzido a cálculo. A este poder estatal racional incumbe fazer frente a qualquer perigo político, e neste sentido, assumir também a responsabilidade pela proteção e a segurança dos súditos. Quando a proteção cessa, cessa o dever de obediência e o Estado deixa de existir. Recobra então o indivíduo sua liberdade “natural”. A “relação de proteção e obediência” é a pedra angular da construção política de Hobbes. Resulta facilmente conciliável com os conceitos e com os ideais do Estado de direito burguês”. Ver *El Leviathan...*, p. 45.

“Muito antes de que se realizasse historicamente esta grande «machina machinarum» legalista e muito antes de que se formulasse a expressão do «positivismo da lei», Hobbes chegou a conceber a transformação do direito em simples mandato legal preceptivo, relacionada com a conversão do Estado em um mecanismo impulsionado por motivações psicológicas forçadas, de uma maneira tão consequente e sistemática que liquidou, não somente as noções medievais do «direito divino dos reis», senão também com todos os conceitos anteriores do Direito e da Constituição entendidos em sentido substancial. É, pois, Hobbes, por ambos os lados, precursor espiritual do Estado de direito e do Estado constitucional burguês que ao longo do Século XIX se impõe em todo o âmbito do continente europeu”. Ver *El Leviathan...*, pp. 67/68.

“O Estado legal positivista não se forma como tipo histórico até o Século XIX. Mas Hobbes é o primeiro que concebe e dá expressão conceitual clara à ideia do Estado como um “magnum artificium”, tecnicamente perfeito, fabricado por homens, como uma máquina que encontra seu “direito” e sua “verdade” em si mesma, ou seja, em seu próprio rendimento e função. Ademais, tampouco era distante do genial pensador do Século XVII o enlace entre a suprema técnica e a autoridade suprema”. Ver *El Leviathan*, p. 74.

(51) OTERO, PAULO, *A Democracia Totalitária – Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária – A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*, p. 58.

(52) OTERO, PAULO, *A Democracia...*, p. 58.

(53) OTERO, PAULO, *A Democracia...*, p. 59.

Otero reconhece três espécies de limites ao poder soberano concebido por Hobbes: i) a existência de direitos inalienáveis cuja renúncia ou transferência pelo pacto que originou o Estado seria vedada; ii) a existência de hipóteses nas quais os súditos estariam isentos de obedecer ao soberano, visto que a obediência estava diretamente ligada à capacidade de proteção oferecida pelo governante; iii) a limitação do poder soberano perante Deus ou perante a própria Igreja Católica.⁽⁵⁴⁾

Vimos que o liga Hobbes a Schmitt é uma base antropológica comum, relacionada à *centralização do poder*, e à *suposta racionalização das escolhas e decisões* por parte dos seres humanos e do próprio soberano.

Mas, inobstante o caráter decisionista do pensamento de Hobbes, reconhecido e aclamado por Schmitt, este considerou equivocado o fato de Hobbes não haver transformado o Leviatã em um símbolo político.⁽⁵⁵⁾

Nas palavras de Pereira Coutinho: “Schmitt compreende, no contexto do estertor da República de Weimar, que uma concreta ordem política que opere «exteriormente» ao homem constitui uma aberração, uma impossibilidade antropológica. E considera que Hobbes havia falhado na confi-

(54) OTERO, *A Democracia...*, p. 58/59.

(55) Segundo Schmitt: “Hobbes não é um mitólogo e nem é, ele próprio, um mito. Se aproximou do mito apenas por sua imagem de Leviatã. Mas se esgotou com seu próprio mito, e sua tentativa de reestabelecer a unidade natural fracassou. A imagem não serviu para expor de maneira segura e certa o inimigo, e, em contrapartida, contribuiu efetivamente para que a ideia de unidade política indivisível fosse derrocada por obra da destruição dos poderes indiretos que socavaram essa unidade até aniquilá-la. Rica que é em conhecimentos políticos e em formulações exatas a obra de Hobbes, nela predomina de tal maneira o pensamento sistemático, que mal poderia servir como instrumento seguro de luta e arma para uma decisão simples e concreta. A atitude científica de Hobbes, como todo racionalismo que se aperfeiçoa na técnica, tem caráter ativista e exige um cosmos inteiramente fundado no trabalho consciente do homem. Mas nem todo ativismo filosófico, nem toda doutrina da ação são por si pensamento político. Hobbes viu certamente que os conceitos e distinções eram armas da luta política. O que Hans Freyer diz a respeito de Hegel, que este havia «ignorado o caráter de encruzilhada inerente à ação política», pode ser aplicado, de forma ainda melhor, ao sistema filosófico de Hobbes. Do ponto de vista histórico, a situação da teoria política de Hobbes, na Inglaterra do Século XVII, era totalmente desesperada, porque seus conceitos contradiziam a realidade política concreta daquele país, como as serenias máximas objetivas de Maquiavel contradiziam as da Itália. As armas espirituais criadas por Hobbes não serviram à sua própria causa. E as armas são, como certamente disse Hegel, a própria essência dos lutadores. Porém, mesmo em seu fracasso, Hobbes continua sendo um incomparável mestre político. Não há filósofo algum cujos conceitos tenham influenciado tanto e, mesmo que por rejeição, tenham repercutido, também para seu prejuízo, em seus próprios pensamentos”. Ver *El Leviathan...*, pp. 84/85.

guração do Leviatã como «mito político» ou como congregador «símbolo político»”.⁽⁵⁶⁾

O que Schmitt sabe é que o poder é necessário, como elemento básico da arquitetura social, “não porque o homem seja um lobo para o homem, mas precisamente porque *o homem seja um homem para o homem*”.⁽⁵⁷⁾

Comungamos da opinião de Ivis Gandra da Silva Martins, segundo a qual, no período em que o conhecimento era quase nenhum e em que o homem primitivo via, em todos os fenômenos da natureza, forças superiores às suas, transformando-os em deuses, é possível crer que as lideranças tribais e a sua sucessão baseavam-se, quase exclusivamente, no temor aos inimigos externos e na confiança acerca da capacidade de seus chefes.⁽⁵⁸⁾

A teoria de Hobbes, ao fundamentar o Estado Absoluto e, no entendimento de Schmitt, ao lançar as sementes para o nascimento do Estado Liberal Burguês, refere-se ao homem moderno, não ao homem primitivo. E é o homem moderno, na premissa antropológica da teoria hobbesiana, que obedece ao poder soberano simplesmente porque o teme. Se a *obediência* é baseada no *medo*, este constitui o *fundamento do poder político*, o que desconsidera frontalmente a *legitimidade* deste poder.

Nesta linha, Pereira Coutinho ressalta que a monarquia absolutista de Hobbes jamais existiu e que, ao longo da história, existiram apenas monarquias absolutas fundadas em uma ideia de transcendência do poder real, ou com qualquer outro ideal de poder absoluto que as transcendesse enquanto mero “poder nu”, ou como “poder meramente temido”.⁽⁵⁹⁾ Assim, a partir do momento em que o ideário do poder divino dos reis caiu por terra, ainda que o monarca mantivesse a segurança, seu poder não se sustentaria.

O mesmo autor é peremptório ao afirmar que “um poder político «nu», constitui uma aberração teórica, uma impossibilidade antropológica, face à natureza não bestial dos homens e ao poder político capaz de convocar a obediência de homens”.⁽⁶⁰⁾

(56) COUTINHO, *A Autoridade...*, p. 99.

(57) IRIBARNE, *Carl Schmitt...*, pp. 11/12.

(58) MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA. *Uma Breve Teoria do Poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 11.

(59) COUTINHO, *A Autoridade...*, p. 27.

(60) COUTINHO, *A Autoridade...*, p. 26.

O Leviatã é teoria. Hobbes, face à fragilidade de seus pressupostos antropológicos, foi incapaz de apreender uma experiência política efetivamente existente. O homem não é uma besta centrada em sua autopreservação e nenhum poder assenta-se meramente no poder que exerce sobre os indivíduos.

Sobre o conceito do homem hobbesiano, Pereira Coutinho cita Sheldon Wolin, cuja assertividade merece transcrição: “o homem hobbesiano constitui matéria política muito pobre. Falta-lhe um elemento básico que todos os filósofos políticos, desde Platão, nunca negligenciaram. É que Rousseau viria a formular: a matéria do poder não pode ser encontrada no sujeito passivamente obediente, mas no sujeito com a capacidade de se identificar ativamente com seus governantes. O soberano hobbesiano permanecia impossivelmente fora de uma sociedade constituída por homens, um Arquimedes sem qualquer outra vantagem senão a permitida pelo medo. Ao poder de Hobbes falta o apoio da sociedade, porque a sociedade, ela mesma, nada mais é aqui do que um espaço conjunto de indivíduos separados”.⁽⁶¹⁾

A política, por excelência, deve ser capaz de suscitar a lealdade, pois o homem, enquanto criatura moral, não se preocupa somente com a autopreservação, mas com o autorespeito. Tanto é que mesmo as experiências totalitárias mais violentas têm como alicerces a propaganda e a ideologia, como se verá adiante.

Assim, resta claro que os pressupostos antropológicos de Hobbes falharam, seja em relação ao homem em geral (“homem médio” ou “homem do povo”), que *só obedece a um poder que reconhece como digno de sua lealdade*; seja em relação ao soberano, cujo existência e cujo poder *devem refletir uma ideia de bem a ser lealmente obedecida*, não sendo o terror e a capacidade de oferecer proteção os únicos elementos capazes de suscitar a lealdade e a obediência.

O homem deve *reconhecer* na ordem política uma *ideia de bem que suscite sua lealdade* e, como consequência, sua *obediência*. Se assim não fosse, os regimes totalitários poderiam ser implantados somente através do

(61) COUTINHO, *A Autoridade...*, p. 96.

terror, o que não ocorre, tendo sempre de recorrer a um relevante aparato propagandístico e ideológico.⁽⁶²⁾

Os regimes totalitários só são compreendidos à luz da teoria idealista ou subjetivista, cuja concepção revela que ao homem corresponde uma distintiva dimensão moral. O conjunto de normas a que o homem vincula-se não é meramente coercivo, não se impõe de fora. É uma ordem que ele reconhece como boa e justa, pois projeta uma ideia de bem e de justiça que estrutura sua consciência moral, já que um homem é um ser social, normativo e auto-interpretado. O homem sabe que está a cumprir normas, ao contrário dos animais, que as cumprem por instinto.⁽⁶³⁾

Pode-se afirmar que o falhanço antropológico de Hobbes baseia-se em uma concepção mecanicista, objetivista, biológica ou instintiva do homem, ao entender que este simplesmente responde aos estímulos (no caso, medo e busca pela autopreservação) e que obedece a um determinado conjunto de normas porque este é coercivo, ao condicionar seu comportamento humano a partir de fora, como um mero comando externo ("*homem lobo do homem*").

Entretanto, é indiscutível que a Filosofia Política Moderna, notadamente por ocasião das duas guerras mundiais, produziu um exercício de fundamentação do Estado insubordinado às exigências do Direito, concebido como exemplo máximo e autônomo da soberania, cujo exemplo mais revelador encontra-se na obra de Carl Schmitt, por vezes chamado de "um Hobbes coerente e radical, não somente por haver recuperado noções

(62) Neste sentido Pereira Coutinho esclarece: "Historicamente nenhum poder político se definiu exclusivamente por referência ao poder que exerce. Nenhum poder político deixou de ser estruturado por referência a uma ideologia que, *uma vez assumida pelos homens* (ou pelos homens que constituíram a base de apoio que qualquer político tem de ter) *lhes permitiu compreender a sua obediência ao mesmo poder enquanto obediência a si mesmos*, isto é, assimilar a sua experiência de obediência ao poder político enquanto obediência *lealmente devida*". Ver *A Autoridade...*, p. 26.

(63) Segundo o magistério de Pereira Coutinho: "Caso se apele, para efeitos de simplificação, à contraposição corrente entre idealismo, por um lado, e mecanicismo, por outro, o exposto até o momento pode entender-se como relevante da defesa de uma perspectiva idealista. Na verdade, o que se tem vindo a verificar é o fato de ser própria do homem uma distintiva dimensão moral (uma inescapável parametrização moral), sendo que a sua leal integração numa ordem (ou leal subordinação à mesma) releva de o mesmo nela reconhecer refletida uma ideia parametrizadora de bem que haja interiorizado no âmbito da cultura em que participa. E sendo que uma ordem só se possibilita, não enquanto ordem meramente temida (não enquanto ordem condicionante da atuação humana "a partir de fora"), mas enquanto ordem à qual sejam referidos deveres "sentidos" como tal no âmbito daquela ideia (estruturante do que se designa por identidade)". Ver *A Autoridade...*, pp. 129/130.

fundamentais a partir da ideia do estado de guerra, mas também por reivindicar a vigência teórica da soberania".⁽⁶⁴⁾

Mesmo com as assinaladas críticas formuladas por Schmitt ao pensamento de Hobbes, a influência da teoria hobbesiana sobre o pensamento de Schmitt é irrefutável, pois, ao contrário do que aspirava Kant e a tradição do formalismo jurídico alemão, Carl Schmitt demonstra que, face à crise do Estado liberal —cujo momento mais significativo é a Constituição de Weimar— o Estado racional monopolizador da força teorizado por Jean Bodin, Thomas Hobbes e Max Weber começou a perder, no Século XX, a unidade e o poder de decisão que lhe seriam devidos.⁽⁶⁵⁾

Assim é que, como assinala Pereira Coutinho: "Inspirando-se confessadamente em Hobbes, Schmitt pretende que, ao contexto desagregador de Weimar, se responda igualmente com a construção de un *Leviatã* —«a época reclama uma decisão!»—, mas agora entendido como uma «situação total de unidade e ordenação políticas» e não apenas como uma situação total de ordenação política".⁽⁶⁶⁾

As críticas aos pressupostos antropológicos de Hobbes não implicam a dissolução ou o abandono dos princípios fundamentais que justificam a existência do Estado e da política. Como afirma Astorga, Schmitt agudamente observou os deslocamentos que sofria a forma unitária do Estado com a emergência de novos tipos de guerra, incluída a guerra de guerrilhas. E "reivindicou sistematicamente a possibilidade da soberania entendida de um modo radical: como poder de decisão excepcional que se define em um plano nacional e no internacional a partir da relação amigo-inimigo", tendo como pano de fundo o controle e o "direito à guerra".⁽⁶⁷⁾

3.2. A decisão como critério do político

Segundo Habermas, Schmitt não é um cientista social e não se interessa por um conceito analítico de poder político, mas pergunta, como um filósofo tradicional, pela "essência" do político.⁽⁶⁸⁾

(64) ASTORGA, *El Laberinto...*, p. 44.

(65) ASTORGA, *El Laberinto...*, p. 47.

(66) COUTINHO, *A Autoridade...*, p. 98.

(67) ASTORGA, *El Laberinto...*, pp. 47/48.

(68) HABERMAS, *Liquidando...*, in Schmitt, *O Conceito...*, p. VIII.

Bernardo Ferreira, por sua vez, adverte para o caráter marcadamente polêmico da obra de Schmitt e afirma que em cada um de seus textos é possível identificar, com relativa facilidade, um antagonismo concreto como motivo.⁽⁶⁹⁾ A inimizade tem um papel estrutural, ela é um ponto de vista epistemológico e, como tal, é interno ao processo de conhecimento. Assim, a atitude polêmica que marca a obra de Carl Schmitt resulta de uma *concepção política do conhecimento*.⁽⁷⁰⁾

A compreensão schmittiana do político engloba os conceitos de homogeneidade democrática, decisão, estado de exceção, soberania, teologia política e distinção entre amigo e inimigo.⁽⁷¹⁾

O conceito de homogeneidade do povo, estritamente relacionado à noção de amigo-inimigo na compreensão política, recupera a unidade de duas dimensões importantes que aparecem na concepção ocidental da origem do Estado: a *potestas* do povo romano (legitimidade) e a *auctoritas* do senado (legalidade). Estas dimensões estão de tal forma unidas que o povo e sua representação concebem-se como uma unidade superior: o Estado.⁽⁷²⁾

Carl Schmitt é categórico: “O conceito de Estado pressupõe o conceito do Político”.⁽⁷³⁾

Schmitt assinala que a palavra *Estado* designa com singular acerto a particularidade desta moderna formação política, pois oferece a conexão verbal e mental com a palavra *status*. O *status* amplo da unidade política relativiza e absorve todas as outras relações estatais, particularmente, estatamentos e Igreja. O *status* político converte-se no *status* em sentido ab-

(69) Para Schmitt: “*Em primeiro lugar*, todas as representações, palavras e conceitos políticos possuem um sentido polêmico; eles têm em vista uma divergência concreta, estão vinculados a uma situação concreta, cuja última consequência constitui um agrupamento do tipo amigo-inimigo (que se expressa em guerra ou revolução) e se convertem em abstrações vazias e fantásticas quando desaparece essa situação. Palavras como Estado, república, sociedade, classe, e ademais: soberania, Estado de direito, absolutismo, ditadura, plano, Estado neutro ou total etc. são incompreensíveis quando não se sabe quem deve ser, *in concreto*, atingido, combatido, negado e refutado com tal palavra. (...) *Em segundo lugar*: no estilo da polêmica intra-estatal cotidiana, «político» é empregado hoje, frequentemente, com o mesmo significado de «político-partidário»; a inevitável falta de objetividade de todas as decisões políticas, a qual é apenas o reflexo da diferenciação amigo-inimigo imanente a todo comportamento político”. Ver *O Conceito...*, pp. 32/34.

(70) FERREIRA, BERNARDO, *Sujeito e Ordem: Romantismo e Decisionismo no Pensamento de Carl Schmitt*. In *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 45, n° 4, 2002, pp. 599/600.

(71) OLIVEIRA E MACHADO, *Entre Schmitt...*, p. 5524.

(72) SALGADO, *Apresentação* in Schmitt, *Legalidade...*, p. XVII.

(73) SCHMITT, *O Conceito...*, p. 19.

soluta. O Estado moderno é soberano; seu poder, indivisível. Sua unidade política pressupõe qualidades como a clausura e a impermeabilidade.⁽⁷⁴⁾

Consoante sua significação literal e sua origem histórica, o Estado é uma condição de características especiais de um povo, o *status* perante os diversos *status* individuais e coletivos. Segundo Schmitt, todas as características desta representação (*status* e povo) adquirem seu sentido através da característica essencial do político e só são compreensíveis quando se compreende a essência do político.⁽⁷⁵⁾

Para Schmitt, o conceito do político só pode ser alcançado por meio da identificação e da verificação das categorias especificamente políticas. Em suas palavras: "A diferenciação especificamente política, à qual podem ser relacionadas as ações e os motivos políticos, é a diferenciação entre *amigo* e *inimigo*, fornecendo uma definição conceitual no sentido de um critério, não como definição exaustiva ou expressão de conteúdo".⁽⁷⁶⁾

Schmitt contrapõe a distinção política a outras formas de diferenciação, baseadas na moral, na estética, na rentabilidade e na utilidade, vejamos: "O inimigo político não precisa ser moralmente mau, não precisa ser esteticamente feio; ele não tem que se apresentar como concorrente econômico e, talvez, pode até mesmo parecer vantajoso fazer negócios com ele. Ele é precisamente o outro, o desconhecido e, para sua essência, basta que ele seja, em um sentido especialmente intenso, existencialmente algo diferente e desconhecido, de modo que, em caso extremo, sejam possíveis conflitos com ele, os quais não podem ser decididos nem através de uma normalização geral empreendida antecipadamente, nem através da sentença de um terceiro "não envolvido" e, destarte, "imparcial".⁽⁷⁷⁾

Pode-se inferir, portanto, que a *diferença é uma condição para a inimização*, pois esta se contrapõe à noção de homogeneidade.

Para Schmitt, só há uma ideia verdadeiramente democrática: a igualdade, pois esta constitui o fundamento de todas as outras igualdades.⁽⁷⁸⁾

(74) SCHMITT, *Teoría...*, p. 70.

(75) SCHMITT, *O Conceito...*, p. 19.

(76) SCHMITT, *O Conceito...*, p. 27.

(77) SCHMITT, *O Conceito...*, p. 28.

(78) MENDES, GILMAR FERREIRA, *Apresentação* in Schmitt, Carl, *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. XII.

Governante e governado encontram-se em uma situação de igualdade indissociável, resultante da homogeneidade nacional do povo.⁽⁷⁹⁾

Pereira Coutinho assinala que, segundo Schmitt, “o conceito de igualdade é um conceito político e como todo o conceito político autêntico deve relacionar-se com a possibilidade de uma distinção”. Desta maneira, a democracia não se alicerça na indistinção de todos os homens, mas somente na pertinência a um determinado povo. Esta pertinência pode ser determinada por fatores diversos: as ideias de raça comum; destino comum; as crenças; a tradição. A igualdade que corresponde à essência da democracia, portanto, dirige-se ao interior⁽⁸⁰⁾ e não ao exterior: “dentro do ser de um Estado democrático todos os cidadãos são iguais”.⁽⁸¹⁾

Como afirma Dyzenhaus, no lugar da democracia parlamentar, Schmitt propõe um líder verdadeiramente democrático, que ganha a aclamação do povo ao articular uma *visão unificadora da homogeneidade substantiva das pessoas*. Este líder faz uma verdadeira decisão política, soberana. Tal decisão distingue claramente entre amigo e inimigo e tenta estabelecer uma sociedade composta apenas de amigos, ou seja, daqueles que se enquadrem nos critérios de homogeneidade substantiva.⁽⁸²⁾

A democracia nacional na concepção schmittiana assenta-se no *ethos* substancial de um povo e não é incompatível com a intersubjetividade dos cidadãos, enquanto se entende essa intersubjetividade como recíproco reconhecimento da igualdade e, por consequência, da liberdade. Cidadão é aquele que exerce os direitos políticos e assume os deveres mais

(79) SALGADO, *Apresentação* in Schmitt, *Legalidade...*, p. XIV.

(80) Com efeito, Schmitt afirma: “O Estado enquanto unidade política normativa concentrou em si mesmo uma enorme competência: a possibilidade de fazer guerra e, assim, de dispor abertamente sobre a vida das pessoas. Isto em virtude do fato de que o *ius belli* contém tal disposição; significa a dupla possibilidade: exigir de membros do próprio povo prontidão para morrer e prontidão para matar, e matar pessoas do lado inimigo. Mas o desempenho de um Estado normal consiste, sobretudo, em obter *dentro* do Estado e de seu território uma pacificação completa, produzindo “tranquilidade, segurança e ordem” e criando, assim, a situação *normal*; esta é o requisito para que as normas jurídicas possam ter eficácia absoluta, pois toda norma pressupõe uma situação normal e nenhuma norma pode ter validade para uma situação que lhe é plenamente anormal. Em situações críticas, esta necessidade de pacificação intra-estatal leva a que o Estado, como unidade política, enquanto existir, também determine, por si mesmo, o «inimigo interno»”. Ver *O Conceito...*, p. 49.

(81) COUTINHO, *A Autoridade...*, p. 101.

(82) DYZENHAUS, *Why...*, p. 2.

graves da comunidade. É o *citoyen*, o homem político, e não o *bourgeois*, o homem privado, quem faz a democracia.⁽⁸³⁾

Já inimigo é somente o inimigo *público*, pois tudo o que se refere a um conjunto semelhante de pessoas, especialmente a todo um povo, torna-se *público*.⁽⁸⁴⁾

Schmitt afirma que ao Estado como unidade essencialmente política pertence o *jus belli*, isto é, a real possibilidade de determinar o inimigo por força de decisão própria e de combatê-lo.⁽⁸⁵⁾ É nesta decisão que reside a essência da existência política de um povo e, quando não há capacidade ou vontade para fazer esta distinção, ele cessa sua existência política.⁽⁸⁶⁾

A distinção que determina o conceito do político e, por consequência, torna-se pressuposto da concepção de Estado, é, em suma, uma decisão soberana que distingue amigo e inimigo de determinado povo, considerado em um contexto de homogeneidade nacional. Com efeito, Schmitt afirma: "O cerne do político não é a inimizade pura e simplesmente, e sim a distinção entre amigo e inimigo, pressupondo ambos, amigo e inimigo".⁽⁸⁷⁾

Esta distinção que, como visto, compõe os conceitos de decisão e de soberania preceituados por Schmitt, é, em certa medida, tributária do pensamento de Hobbes, ao relacionar o critério que distingue o político à proteção contra os "inimigos externos" de determinado povo.⁽⁸⁸⁾

(83) SALGADO, *Apresentação* in Schmitt, *Legalidade...*, p. VIII.

(84) SCHMITT, CARL, *O Conceito...*, p. 30.

(85) SCHMITT, CARL, *O Conceito...*, p. 48.

(86) SCHMITT, CARL, *O Conceito...*, p. 53.

(87) SCHMITT, CARL, *Teoria do Partisan*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 240.

(88) Ver SCHMITT: "Se um povo teme os incômodos e o risco de uma existência política, haverá, sem dúvida, um outro povo que lhe ajudará com esses incômodos ao assumir sua «proteção contra inimigos externos» e, com isso, assume também o domínio político; assim, em virtude da eterna relação entre *proteção* e *obediência*, é o protetor que determinará o inimigo. Nesse princípio se baseia não somente a ordem feudal e a relação entre senhor e vassalo, entre chefe e sequaz, entre patrão e clientela, que faz apenas com que esse princípio se evidencie de forma especialmente nítida e aberta, sem encobri-lo; não há nenhuma relação de superioridade e inferioridade, nenhuma legitimidade ou legalidade razoável sem a relação existente entre proteção e obediência. O *protego ergo obligo* é o *cogito ergo sum* do Estado, e uma teoria do Estado que não toma consciência sistemática dessa frase, permanece um fragmento insuficiente. Hobbes (no final da edição inglesa de 1651, p. 396) caracterizou-o como o verdadeiro objetivo de seu «Leviatã», que é mostrar novamente aos homens a «*mutual relation between Protection and Obedience*», cuja observância inquebrantável se faz exigir tanto pela natureza humana como pelo Direito divino". Ver *O Conceito...*, p. 56.

3.3. A decisão como fundamento da ordem constitucional

Para Carl Schmitt, toda a Constituição válida resulta de uma decisão política. Essa decisão política deve ser compreendida com um ato de vontade emanado de uma força ou autoridade. Esta força ou autoridade Carl Schmitt identifica como poder constituinte.

Nessa perspectiva, a validade da Constituição não está vinculada aos valores que esta expressa, mas, sim, na sua radicação em um ato de vontade constituinte. Schmitt defende, efetivamente, que o conteúdo valorativo da norma não importa⁽⁸⁹⁾ para sua validade, pois esta é determinada pela existência de uma decisão soberana e não pelos contornos de seus preceitos.

Ao mesmo tempo, nenhuma norma é legítima em si mesma, nenhum comando normativo retira dele mesmo seu princípio de validade,⁽⁹⁰⁾ tampouco é possível encontrar tal fundamento em qualquer outro preceito jurídico. Com efeito, Schmitt separa a decisão, da ordem jurídica que esta cria. A decisão é anterior a esta ordem, decorre de um ato de vontade, não tendo raízes em nenhuma estrutura legal ou normativa. Ou seja, o decisionismo inaugura uma ordem sem estar, na sua essência, vinculado a ela.⁽⁹¹⁾ A decisão é suficiente *per si*.

Nesse sentido, a ordem jurídica não está assentada em valores naturais ou legais, pelo contrário, seu fundamento é o ato decisório de um sujeito existente. Trata-se, portanto, de uma fonte material, consubstanciada na existência fática e prévia do sujeito que emite vontade na forma de uma decisão, como bem esclarece Schmitt na seguinte passagem: “Uma Constituição é legítima —isto é, reconhecida, não somente como situação de fato, mas também como ordenamento jurídico— quando a força e a autoridade do Poder Constituinte em que descansa sua decisão é reconhecida. A decisão política adotada sobre o modo e a forma da existência estatal, que integra a substância da Constituição, é válida, porque a unidade política de cuja Constituição se trata, existe, e o sujeito do Poder Constituinte pode fixar o modo e a forma desta existência. Não necessita justificar-se em uma norma ética ou jurídica; tem seu sentido na existência

(89) DYZENHAUS, *Legality...*, p. 58.

(90) FERREIRA, *Sujeito...*, pp. 617/618.

(91) SÁ, ALEXANDRE FRANCO DE, *O Poder pelo Poder: Ficção e Ordem no combate de Carl Schmitt em torno do Poder*. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2009, pp. 206/207.

política. Uma norma não seria adequada a fundar nada aqui. O especial modo da existência política não necessita nem pode ser legitimado”.⁽⁹²⁾

Ao adotar esse entendimento, Schmitt pode distinguir o direito natural da Constituição positiva. Assim, o primeiro é um conjunto de valores justos; enquanto a segunda é o resultado dos já mencionados atos constituintes de vontade ou decisões. É a constituição positiva que tem validade e, portanto, afirma-se como norma. Logo, é a decisão que confere validade à norma, sendo o fundamento do ordenamento jurídico, de sua força vinculante e do dever de obediência que este inspira.

Assim, é a fonte de validade da Constituição positiva que a distingue do direito natural, como afirma Schmitt: “Na realidade, uma Constituição é válida quando emana de um poder (é dizer, força ou autoridade) constituinte e se estabelece por sua vontade. A palavra 'vontade' significa, em contraste com simples normas, uma magnitude do Ser como origem de um Dever-ser. A vontade se dá de um modo existencial: sua força ou autoridade reside em seu ser. Uma norma pode valer quando é justa; então a concatenação sistemática conduz ao direito natural e não à Constituição positiva: ou bem uma norma vale porque está positivamente ordenada, ou seja, por virtude de uma vontade existente. Uma norma nunca se estabelece por si mesma (este é um modo fantástico de falar), senão que se reconhece como justa porque é derivada de preceitos cuja essência é também justiça e não só positivismo, ou seja, verdadeira realidade ordenadora”.⁽⁹³⁾

É importante ressaltar que não estamos a falar de qualquer decisão. O decisionismo de Schmitt refere-se, como já asseveramos alhures, às decisões genuinamente políticas, manifestações de vontade basilares tão fundamentais que afirmam a natureza da ordem legal,⁽⁹⁴⁾ definem a forma de existir de um povo e, em especial, identificam esse próprio povo estabelecendo os conceitos de amigo e inimigo.⁽⁹⁵⁾ Daí tais decisões servirem de fonte de validade a toda a ordem constitucional.

(92) SCHMITT, CARL, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, p. 104.

(93) SCHMITT, CARL, *Teoría...*, pp. 34/35.

(94) DYZENHAUS, DAVID, *Legality and Legitimacy – Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 39.

(95) COUTINHO, *A Autoridade...*, p. 101.

Uma vez inviabilizada a decisão está obstaculizada também a instituição de um sistema normativo válido.

A fundação da ordem jurídica depende, então, da existência de um sujeito e da capacidade deste para tomar decisões dessa natureza. Como ressaltamos anteriormente, a questão da decisão remete à competência para decidir. A tese de Schmitt torna-se mais clara se percebermos na forma como ele insiste em distinguir e, efetivamente, contrapor, romantismo e decisionismo.⁽⁹⁶⁾

O sujeito romântico, de acordo com o filósofo, é incapaz de decisão; enquanto o decisionismo é revelado em decisões políticas fundamentais e determinantes. Ao mesmo tempo, a incapacidade de o sujeito romântico decidir decorre do fato de que este não é capaz de conceber uma ordem disciplinadora da realidade e impositiva para todos os indivíduos que serão obrigados a sujeitar-se a ela.⁽⁹⁷⁾

Ora, se o romantismo opõem-se ao decisionismo porque o homem romântico é incapaz de pensar uma ordem normativa ordenadora da realidade, o decisionismo é caracterizado por envolver decisões construtivas de uma ordem normativa e, conseqüentemente, jurídico-positiva.

Fica claro, então, que, para o filósofo, é da habilidade decisinista que, em última instância, confira força normativa ao ordenamento jurídico. Em outras palavras, o direito que obriga é aquele fundado na decisão.

Aliás, o que distingue uma Constituição de qualquer outra lei é o fato de esta ser constituída por decisões políticas reguladoras da forma de viver de uma determinada comunidade e determinantes da natureza da ordem constituída.

Sendo assim, à luz do exemplo alemão, Schmitt constata que: “A Constituição de Weimar é uma Constituição porque contém as decisões políticas fundamentais sobre a forma de existência do povo alemão”.⁽⁹⁸⁾

A força da qual origina-se a ordem constitucional, por óbvio, é pré-existente a essa mesma ordem. Por isso, ao afirmar que a Constituição resulta

(96) FERREIRA, *Sujeito...*, p. 600.

(97) FERREIRA, *Sujeito...*, pp. 616/617.

(98) SCHMITT, CARL, *Teoría...*, p. 52.

de um ato de vontade, Schmitt está, de fato, afirmando que o autor dessa decisão voluntária antecede a ordem jurídica.

Tendo em vista que a Constituição positiva é fundada em uma decisão e vontades de um sujeito pré-existente, a unidade política objeto das normas constitucionais é anterior a essa mesma norma. Ou seja, não é a Constituição que cria uma unidade política, esta, tão-somente, revela uma unidade pré-existente autora de uma decisão constituinte e vinculante. A ordem jurídica não está apta a construir um Estado nem a inovar por meio da produção de uma unidade, Isso porque a comunidade unificada a que a ordem jurídica dirige-se a antecede.

Nas palavras do autor: "A Constituição em sentido positivo surge mediante um *ato do poder constituinte*. O ato constituinte não contém como tal quaisquer normas, mas, e precisamente por um único momento de decisão, a totalidade da unidade política considerada em sua particular forma de existência. Este ato *constitui* a forma e modo da unidade política, cuja existência é anterior. Não é, pois, que a unidade política surja porque se tenha 'dado uma Constituição'. A Constituição em sentido positivo contém somente a determinação consciente da concreta forma de conjunto pela qual se pronuncia ou decide a unidade política. Esta forma pode mudar. Pode-se introduzir fundamentalmente novas formas sem que o Estado, ou seja, a unidade política do povo, cesse. Mas sempre há no ato constituinte um sujeito capaz de produzir, que o realiza com a vontade de dar uma Constituição. Tal Constituição é uma decisão consciente que a unidade política, através do titular do poder constituinte, adota *por si mesma e dá a si mesma*".⁽⁹⁹⁾

A existência de uma vontade prévia é, dessa forma, pressuposto de toda Constituição.⁽¹⁰⁰⁾ Adotando uma perspectiva histórica, Schmitt pretende demonstrar essa dinâmica no surgimento de novos Estados, bem como em movimentos revolucionários e esclarece: "Na fundação de novos Estados (como no ano 1775 nos Estados Unidos da América, ou no ano 1919 com a fundação da Tchecoslováquia), ou em revoluções sociais fundamentais (França, 1789; Rússia, 1918), apresenta-se com maior clareza este caráter da Constituição como uma decisão consciente que fixa a existência política em sua forma concreta de ser. Com isso pode sur-

(99) SCHMITT, CARL, *Teoría...*, pp. 45/46.

(100) SCHMITT, CARL, *Teoría...*, p. 46.

gir também com a maior facilidade a ideia de que uma Constituição há de fundar sempre um novo Estado, erro que se explica, de outra parte, pela confusão da Constituição com um "pacto social" (mediante o qual se funda a unidade política). Outro erro ligado com isso consiste em considerar a Constituição como uma codificação exaustiva. A unidade da Constituição, no entanto, não reside nela mesma, mas na unidade política, cuja particular forma de existência fixa-se mediante o ato constituinte".⁽¹⁰¹⁾

Mais adiante, o autor explora ainda mais o exemplo da Revolução Francesa. Segundo Schmitt, o movimento de 1789 e a ordem constitucional a que este deu origem só foi possível porque o povo francês percebeu sua capacidade ativa no campo político, seu poder de determinação sobre sua própria existência política. A partir dessa constatação, a decisão mais ampla acerca do modo particular de existência dos franceses está no ato desse povo de conferir a si mesmo uma Constituição.⁽¹⁰²⁾

Ficam, assim, delineados dois estágios constituintes. O primeiro é o ato de reconhecimento da existência de um povo que é, por si só, um ato constituinte. O segundo é atuação desse povo quando confere a si mesmo uma Constituição.

O raciocínio do autor, todavia, não se restringe às ordens políticas recém constituídas ou profundamente transformadas, toda ordem jurídica depende de um ato constituinte, isto é, de uma decisão de um sujeito apto a manifestar uma vontade uma norma positiva.

Segundo Schmitt: "Toda lei, como regulação normativa, e também a lei constitucional, necessita para sua validade em último termo de uma decisão política prévia, adotada por um poder ou autoridade politicamente existente".⁽¹⁰³⁾

Quanto ao poder constituinte esse pode ser exercido por um sujeito que decide ou por uma pluralidade de sujeitos, o que é importa é que esteja presente no mundo real uma instância apta a, por meio da manifestação consciente de vontade, decidir. Assim, são titulares do

(101) SCHMITT, CARL, *Teoría...*, p. 46.

(102) SCHMITT, CARL, *Teoría...*, p. 71.

(103) SCHMITT, CARL, *Teoría...*, p. 46.

poder constituinte o povo na democracia e o monarca na monarquia autêntica.⁽¹⁰⁴⁾

Schmitt identifica, então, dois elementos como componentes essenciais do ordenamento jurídico: (i) o elemento normativo do direito; (ii) o elemento concreto, fundado na existência efetiva de uma autoridade ou poder constituinte.

É no elemento concreto que Schmitt vai encontrar um modo de demonstrar a unidade presente nas ordens jurídico-constitucionais. Segundo o autor, é admissível encontrar diversidade nas Leis Constitucionais. A unidade, com efeito, está presente na decisão fundamental originária da ordem normativa, seja ela resultante de um sujeito ou de uma pluralidade de sujeitos. Desse modo, essa unidade decisória, tal e qual a existência prévia daquele que decide, é pressuposto da Constituição. Sua importância não deve, pois, ser subestimada.

Frente ao decisionismo e à unidade que este expressa, todas as Leis Constitucionais são secundárias,⁽¹⁰⁵⁾ dado que são dependentes e fundadas na base estabelecida por atos decisórios.

Em sua Teoria da Constituição, Schmitt pensa a Constituição, no âmbito de um Estado democrático, como uma decisão que emana do povo. O povo, porém, não é definido como um amálgama de tendências heterogêneas, tampouco a Constituição é o resultado de um pacto entre os diferentes grupos sociais e políticos.

O povo, segundo o autor —e como já ressaltamos neste trabalho— é uma vontade unitária e homogênea, que inadmitte qualquer forma de discidência. Suas decisões são igualmente unívocas e, de resto, prestam-se a reafirmar a unidade desse mesmo povo, agrupando os sujeitos entre amigos e inimigos.⁽¹⁰⁶⁾ A homogeneidade do povo é então garantida pelo fato de que este é autodefinido por oposição ao inimigo.⁽¹⁰⁷⁾

De acordo com Schmitt: “É necessário falar de uma Constituição como de uma unidade, e conservar entretanto um sentido absoluto de Constituição. Ao mesmo tempo, é preciso não desconhecer a relatividade das

(104) SCHMITT, CARL, *Teoría...*, p. 47.

(105) SCHMITT, CARL, *Teoría...*, p. 47.

(106) FRANZÉ, *Del buen...*, p. 184.

(107) COUTINHO, *A Autoridade...*, p. 100.

distintas Leis Constitucionais. A distinção entre Constituição e lei constitucional só é possível, no entanto, porque a essência da Constituição não está contida em uma lei ou em uma norma. No fundo de toda normatização reside uma decisão política do titular do poder constituinte, ou seja, do Povo na Democracia e do Monarca na Monarquia autêntica”.⁽¹⁰⁸⁾

O sentido absoluto de Constituição adotado por Schmitt evidencia que o pensador não confunde Constituição com Constituição escrita, reafirmando seu entendimento de que não é a forma, mas a origem em um ato decisório constituinte que caracteriza as normas constitucionais, colocando-as como fundamento de validade de todas as demais disposições legais.

Segundo Dyzenhaus: “Ele quis resistir à tendência liberal de equacionar «Constituição» com «Constituição escrita» ou com todas as leis que são válidas por critérios formais. Em particular, ele queria resistir a equação de constitucionalidade, com os impedimentos que uma Constituição escrita poderia expor para a alteração de alguns dos seus componentes específicos, notadamente, ao exigir mais do que uma maioria simples”.⁽¹⁰⁹⁾

Schmitt aplica essa lógica ao Estado alemão, nos seguintes termos: “A unidade do Reich alemão não descansa naqueles 181 artigos e em sua vigência, mas na existência política do povo alemão. A vontade do povo alemão —portanto, uma coisa existencial— funda a unidade política e jurídica, mais além das contradições sistemáticas, incongruências e obscuridades das leis constitucionais concretas. A Constituição de Weimar vale porque o Povo alemão se deu esta Constituição”.⁽¹¹⁰⁾

E afirma, ainda, que: “A Constituição de Weimar de 11 de Agosto de 1919 apoia-se no Poder Constituinte do povo alemão. A decisão política mais importante se acha contida no preâmbulo: «O povo alemão se deu esta Constituição», e no artigo 1, número 2: «O poder do Estado emana do povo». Estas frases indicam como decisões políticas concretas o fundamento jurídico-positivo da Constituição de Weimar: o Poder Constituinte

(108) SCHMITT, CARL, *Teoría...*, p. 47.

(109) DYZENHAUS, DAVID, *Legality...*, p. 52.

(110) SCHMITT, CARL, *Teoría...*, p. 35.

do Povo alemão como Nação, isto é, unidade com capacidade de agir e consciente de sua existência política".⁽¹¹¹⁾

Em suma, Carl Schmitt atribui à palavra Constituição, em sua obra Teoria da Constituição, o conceito positivo de Constituição, onde a chamada lei fundamental não tem por conteúdo essencial uma regulação legal, mas, sim, uma decisão política,⁽¹¹²⁾ fundamento da ordem jurídica, emanada de um ator político que já existe e expressa uma unidade. Nesse sentido, unidade e decisão relacionam-se, na medida em que a decisão expressa vontade homogênea e constitui uma unidade política por meio das definições dos conceitos de amigo e inimigo.⁽¹¹³⁾

3.4. A decisão como condição da soberania

Soberano é quem decide sobre o estado de exceção.⁽¹¹⁴⁾ Com esta assertiva, Carl Schmitt inaugura sua Teologia Política e sintetiza seu pensamento acerca da exceção e da soberania.

Schmitt esclarece que o estado de exceção é um conceito geral da teoria do Estado, conceito que não se limita a qualquer ordem de necessidade ou estado de sítio. O fato de o estado de exceção adequar-se à definição jurídica de soberania possui um motivo sistemático, lógico-jurídico. Consoante Schmitt: "A decisão sobre a exceção é, em sentido eminente, decisão, pois uma norma geral, como é apresentada pelo princípio jurídico normalmente válido, jamais pode compreender uma exceção absoluta e, por isso, também, não pode fundamentar, de forma completa, a decisão de um caso real, excepcional".⁽¹¹⁵⁾

A exceção é a hipótese não abarcada pela normalidade da norma geral, que deixaria de ser geral se a contemplasse.⁽¹¹⁶⁾ Ela "escapa" ao âmbito

(111) SCHMITT, CARL, *Teoría...*, p. 79.

(112) SCHMITT, CARL, *Teoría...*, p. 64.

(113) Nas palavras de Pereira Coutinho: "Lida integralmente a obra de Schmitt, tidos simultaneamente em conta o seu "conceito do político" e o seu "conceito absoluto de Constituição" – o autor pretende afrimar que uma Constituição depende ultimamente de um ato de decisão soberana e que essa decisão (decisão existencial) é aquela que exprime a unidade política de um povo por via da distinção entre amigo e inimigo". Ver *A Autoridade...*, p. 102.

(114) SCHMITT, CARL, *Teologia...*, p. 7.

(115) SCHMITT, CARL, *Teologia...*, p. 7.

(116) Ver Schmitt: "A exceção é mais interessante do que o caso normal. O que é normal nada prova, a exceção comprova tudo; ela não somente confirma a regra, mas esta vive da

normativo, pela impossibilidade estrutural de ser apreendida pela norma geral. Assim, a exceção tem como pressuposto a existência de lacunas no ordenamento jurídico.⁽¹¹⁷⁾

Justamente pela impossibilidade de ser subsumida, circunscrita ou antecipada, a exceção precisa ser declarada, ou melhor, decidida.⁽¹¹⁸⁾

Segundo Schmitt, a situação normal não revela o verdadeiro substrato do poder estatal, pois, na normalidade, a soberania é limitada pelo ordenamento jurídico. Já a situação excepcional —entendida como ameaça à existência do Estado, extrema necessidade ou lacuna jurídica— possui aptidão para revelar a verdadeira essência do poder do Estado, que continua a exercer a soberania sustentando-se somente em uma decisão autônoma. Autônoma porque não há relação lógica entre a decisão e a norma geral abstrata.⁽¹¹⁹⁾ Assim, a circunstância de uma autêntica decisão desafia toda a delimitação normativa⁽¹²⁰⁾ e mostra que esta classe de decisão é o fundamento último de validade do ordenamento jurídico.⁽¹²¹⁾ Com efeito, segundo Schmitt: “A ordem jurídica, como toda ordem, repousa em uma decisão e não em uma norma”.⁽¹²²⁾

Como o conflito não pode ser resolvido por meio de uma norma reconhecida como incondicionalmente válida, o fundamento último da decisão não obedece a critérios de certeza racional.⁽¹²³⁾ A decisão surge *ex nihilo*, emana de um vazio normativo e, embora seja o fundamento de validade da ordem, não possui em si nenhum fundamento.⁽¹²⁴⁾

exceção. Na exceção, a força da vida real transpõe a crosta mecânica fixada na repetição. Um teólogo protestante, no Século XIX, provou de que intensidade vital a reflexão teológica pode ser capaz: «A exceção explica o geral e a si mesma». E, quando se quer estudar corretamente o caso geral, somente se precisa observar uma real exceção. Ela esclarece tudo de forma muito mais clara que o geral em si. Com o tempo, fica-se farto do eterno discurso sobre o geral; há exceções. Não se podendo explicá-las, também não se pode explicar o geral. Comumente, não se nota a dificuldade por não se pensar no geral com paixão, porém com uma superficialidade cômoda. A exceção, ao contrário, pensa o geral com paixão enérgica”. Ver *Teologia...*, p. 15.

(117) FRANZÉ, *Del buen...*, p. 184.

(118) FERREIRA, *Sujeito...*, p. 636.

(119) FRANZÉ, *Del buen...*, p. 184.

(120) FERREIRA, *Sujeito...*, p. 631.

(121) FRANZÉ, *Del buen...*, p. 184.

(122) SCHMITT, CARL, *Teologia...*, p. 11.

(123) FERREIRA, *Sujeito...*, pp. 630/631.

(124) FERREIRA, *Sujeito...*, p. 634.

A decisão sobre o estado de exceção possui um significado existencial. Ela desafia os padrões do racionalismo, por força de sua mera existência. Como afirma Richard Wolin, a filosofia política de Schmitt é um “decisionismo existencial” que “persistentemente retira-se do tribunal da razão humana para, assim, anunciar impunemente certas verdades existenciais”.⁽¹²⁵⁾

Ao conceber uma decisão desprovida de fundamento, Schmitt transforma o *reconhecimento da indeterminação* em um *pré-requisito de determinação da própria ordem*.⁽¹²⁶⁾ Ele coloca o problema em termos deliberadamente aporéticos: “a decisão soberana tem a força do direito porque cria as condições de vigência do próprio direito e não porque se funda em um direito antecedente”. A existência de uma decisão dotada de legitimidade e capaz de se impor publicamente é, como asseverado supra, uma forma de conferir algum tipo de determinação à indeterminação da vida política. Para Bernardo Ferreira: “A decisão é, nessa perspectiva, um ato que extrai a sua força da contingência da realidade concreta e, ao mesmo tempo, interrompe a sua deriva, criando um estado de coisas em que seja possível a constituição normativa da vida comum. A decisão pode ser pensada como um fator de «fixação ontológica» da realidade concreta”.⁽¹²⁷⁾

Nesta linha, decidir implica criar uma configuração de normalidade na qual as normas possam ter validade. A decisão, portanto, assume um caráter eminentemente político, pois surge de um nada normativo e tem como premissa de sua efetividade o próprio conflito. O problema transfere-se do *fundamento da decisão* para a *decisão como fundamento*, o que remete à concepção decisionista do direito extraída do Capítulo XXVI do *Leviatã*, citada de forma recorrente por Schmitt: *Auctoritas, non veritas facit legem*.⁽¹²⁸⁾

Giorgio Agamben⁽¹²⁹⁾ assinala que a inserção do estado de exceção na ordem jurídica consiste na distinção entre dois elementos autônomos e fundamentais do Direito: a norma (*Norm*) e a decisão (*Entscheidung*, *Dezi-*

(125) WOLIN, RICHARD, *Carl Schmitt, Political Existentialism, and the Total State*. In *Theory and Society*, v. 19, n° 4, Agosto/1990, p. 398.

(126) FERREIRA, *Sujeito...*, p. 634.

(127) FERREIRA, *Sujeito...*, p. 633.

(128) FERREIRA, *Sujeito...*, p. 632.

(129) Agamben descreve um interessante debate entre Carl Schmitt e Walter Benjamin acerca do estado de exceção. Contudo, tal debate foge ao enfoque deste trabalho. Para saber mais, sugerimos a leitura da já citada obra *Estado de Excepção*, Lisboa: Edições 70, 2010, Capítulo 4, pp. 83/99.

sion). Ao suspender a norma, o estado de exceção “revela na sua absoluta pureza um elemento formal especificamente jurídico: a decisão”.⁽¹³⁰⁾

Agamben define o estado de exceção na doutrina de Schmitt como “o lugar onde a oposição entre a norma e a sua atuação atinge a máxima intensidade. É este um campo de tensões jurídicas, em que um mínimo de vigência formal coincide com um máximo de aplicação real e vice-versa. Mas também nesta zona extrema e, até, em virtude dela, os dois elementos do direito mostram a sua profunda coesão”.⁽¹³¹⁾ Desta feita, “o contributo específico da teoria schmittiana é justamente o de tornar possível uma articulação entre estado de exceção e ordem jurídica”.⁽¹³²⁾

Diante desta situação de falência normativa, na qual restam patentes a impossibilidade de a exceção ser decidida por uma norma geral e a necessidade de a exceção ser *declarada e decidida*, coloca-se a questão da competência: quem será o sujeito competente para proferir a decisão que surge *ex nihilo* e se torna o fundamento de validade do próprio direito? Consoante Schmitt: “No significado autônomo da decisão, o sujeito da decisão tem uma importância autônoma ao lado de seu conteúdo. Para a realidade da vida jurídica, depende de quem decide. Ao lado da questão da exatidão substancial, coloca-se a questão da competência”.⁽¹³³⁾

A determinação do sujeito competente conduz à noção de soberania. Segundo Agamben: “Decisão, para Schmitt, é o nexa que une soberania e estado de exceção”.⁽¹³⁴⁾

Schmitt pensa a exceção e a decisão *em conjunto e em função* do tema da soberania. A decisão genuína remete ao estado de exceção e é sempre uma decisão soberana. Sua noção de soberania, portanto, refere-se a uma instância de decisão última em um quadro de falência das referências normativas.⁽¹³⁵⁾

Assim, para a Teologia Política, a teoria do estado de exceção apresenta-se como a doutrina da soberania. A ordem jurídica necessariamente remete à decisão soberana a capacidade de a efetivar como direito. Esta

(130) AGAMBEN, *Estado...*, p. 58.

(131) AGAMBEN, *Estado...*, p. 61.

(132) AGAMBEN, *Estado...*, p. 56.

(133) SCHMITT, CARL, *Teologia...*, p. 32.

(134) AGAMBEN, *Estado...*, p. 88.

(135) FERREIRA, *Sujeito...*, p. 635.

decisão é uma *decisão política da ordem jurídica* e, como tal, não pode ser juridicamente determinada. Torna-se então necessário, para a própria existência da sociedade enquanto sujeito político, a presença permanente de um poder soberano capaz de constitui-la como sociedade, ou seja, capaz de *decidir a ordem jurídica que realiza a unidade política*.⁽¹³⁶⁾

Esta decisão, que é política, soberana e constitui fundamento de validade da ordem jurídica, ao realizar a unidade política, engloba a efetivação da homogeneidade democrática tratada no tópico anterior, necessária, para Schmitt, à distinção entre amigo e inimigo e, portanto, à própria constituição do político e da essência estatal.

Para sua efetivação, segundo Schmitt: “O soberano se coloca fora da ordem jurídica normalmente vigente, porém a ela pertence, pois ele é competente para a decisão sobre se a Constituição pode ser suspensa *in toto*”.⁽¹³⁷⁾

Bernardo Ferreira ressalta que, ao instituir o estado de exceção, “o soberano faz algo mais do que constatar uma situação de conflito que escapa à normalidade, ele se torna parte do próprio conflito e o assume como a condição de estabelecimento da ordem”.⁽¹³⁸⁾

Alexandre Franco de Sá assinala que, para Kelsen, o Estado surge como um determinado sistema normativo considerado em sua unidade, e não como a manifestação de um poder anterior e superior às normas que dele são emanadas. E é diante da teoria normativista de Kelsen que Schmitt refere-se à impossibilidade de pensar o direito sem a referência a uma ordem concreta anterior e a um poder político que, não sendo juridicamente limitado, é o único capaz de o efetivar. Para Schmitt, é impossível pensar o direito (*Recht*) sem a efetivação do próprio direito (*Rechtsverwirklichung*). E, diante de tal impossibilidade, o direito só pode ser efetivado quando sustentado por um poder político que, sendo a expressão de uma ordem política concreta, surja como livre de qualquer circunscrição jurídica. Assim, “a teologia política schmittiana traduz-se politicamente na defesa de que haja, no Estado, um poder que permaneça na posse da soberania, um poder capaz de decidir, quando necessário, um estado de exceção à lei,

(136) SÁ, ALEXANDRE FRANCO DE, *Metamorfose do poder: prolegómenos schmittianos a toda a sociedade futura*. Coimbra: Ariane, 2004, p. 67.

(137) SCHMITT, CARL, *Teologia...*, p. 8.

(138) FERREIRA, *Sujeito...*, p. 637.

furtando-se quer à ideia liberal da soberania da lei, quer ao plano liberal do próprio desaparecimento da soberania".⁽¹³⁹⁾

Assim, enquanto para Carl Schmitt a soberania é o *monopólio decisório*,⁽¹⁴⁰⁾ para Hans Kelsen a soberania é um *lugar normativo*.

Neste sentido, Pereira Coutinho afirma que o contributo fundamental de Kelsen foi a identificação do fundamento originário de uma ordem não como a *summa potestas* da qual são tributárias as doutrinas contemporâneas do poder constituinte, mas como uma norma que se encontra além do poder e que constitui o ato gerador de uma normatividade válida.⁽¹⁴¹⁾

Contudo, Pereira Coutinho discorda da forma como se concebe tal *lugar normativo*, em suas palavras: "esse lugar deve ser entendido, não como uma pressuposta *norma fundamnetal* (*Grundnorm*) com a estrutura de uma «norma autorizadora» (de uma *norma em branco de competência constituinte*), mas como uma representada *parametrização moral comungada pelos «participantes morais» numa comunidade política* historicamente alcançada e *em cujo âmbito é reconhecida validade ou legitimidade à ordem ou normatividade que a reflete* (em primeiro grau, à normatividade constitucional).⁽¹⁴²⁾

O referido autor distingue a *parametrização moral* do conceito de *normatividade*, assinalando que enquanto esta refere-se a um "conjunto de significados permissivos, proibitivos ou prescritivos, uma parametrização

(139) SÁ, ALEXANDRE FRANCO DE, *Metamorfose...*, pp. 67/68.

(140) Ver Schmitt: "A norma necessita de um meio homogêneo. Essa normalidade fática não é somente um «mero pressuposto» que o jurista pode ignorar. Ao contrário, pertence à sua validade imanente. Não existe norma que seja aplicável ao caos. A ordem deve ser estabelecida para que a ordem jurídica tenha um sentido. Deve ser criada uma situação normal, e soberano é aquele que decide, definitivamente, sobre se tal situação normal é realmente dominante. Todo Direito é «direito situacional». O soberano cria e garante a situação como um todo na sua completude. Ele tem o monopólio da última decisão. Nisso repousa a natureza da soberania estatal que, corretamente, deve ser definida, juridicamente, não como monopólio coercitivo ou imperialista, mas como monopólio decisório, em que a palavra decisão é utilizada no sentido geral ainda a ser estabelecido. O estado de exceção revela o mais claramente possível a essência da autoridade estatal. Nisso, a decisão distingue-se da norma jurídica e (para formular paradoxalmente), a autoridade comprova que, para criar direito, ela não precisa ter razão/direito". Ver *Teologia...*, p. 14. Novamente, o preceito extraído do *Leviatã* torna-se claro: *Auctoritas, non veritas facit legem*.

(141) COUTINHO, LUÍS PEDRO PEREIRA, *Do que a República é: Uma República baseada na dignidade humana*. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque, v. 2, Lisboa, 2010, p. 192.

(142) COUTINHO, LUÍS PEDRO PEREIRA, *Do que a República...*, p. 193.

moral é um enquadramento em cujo âmbito tais significados são reconhecíveis como válidos, legítimos ou moralmente autoritários”.⁽¹⁴³⁾

Comungamos com o entendimento de Pereira Coutinho, por entendermos que a decisão, como proposta por Carl Schmitt, surgida *ex nihilo*, não se revelou possível ao longo da história.

4. Conclusões

Neste trabalho, partimos das formulações de Thomes Hobbes acerca da soberania para buscarmos a origem do decisionismo de Carl Schmitt. Apesar da indiscutível influência exercida sobre o pensamento de Schmitt, reconhecemos que o pressuposto antropológico de Hobbes falhou, pois a obediência ao poder instituído, ao Leviatã, não se deve ao medo, mas à lealdade suscitada pelo governante.

Carl Schmitt, considerado o teórico do regime nacional-socialista, formulou sua teoria decisionista sobre três pilares: a distinção entre amigo e inimigo, apta a estabelecer o verdadeiro critério do político e, com isso, a essência estatal; sua Teologia Política, cuja tese da soberania baseia-se na decisão proferida no estado de exceção; sua Teoria da Constituição, cujo fundamento repousa em uma decisão que surge do nada e que é fundamento de validade da própria ordem.

A decisão, para Schmitt, emana de um nada normativo e constitui o critério de validade da ordem constitucional e da noção de soberania. O senhor da competência para decidir é o soberano, que se encontra fora da ordem, mas pode suspendê-la integralmente, ao mesmo tempo em que sua vontade constitui o fundamento desta ordem.

Soberano, para Schmitt, é o Rei na Monarquia e o Povo na Democracia.

Sua teoria da soberania pressupõe a homogeneidade do povo, que exclui as diferenças e tem no soberano a expressão de sua vontade unívoca. A distinção, que nada mais é do que a escolha, a decisão, entre os amigos e os inimigos, constitui assim um critério político baseado nas relações de inclusão e exclusão.

(143) COUTINHO, LUÍS PEDRO PEREIRA, *Do que a República...*, p. 194.

Os regimes totalitários concretizaram o conceito schmittiano de homogeneidade e eleição do inimigo objetivo, mas não se constituíram, em nossa opinião, como uma efetivação da decisão.

Em outras palavras, entendemos que, da mesma forma que o poder absoluto teorizado por Hobbes nunca existiu *per si*, a decisão que surge de um nada e instaura uma nova ordem, tal como formulada por Schmitt, nunca constituiu o fundamento único e último de validade de determinado ordenamento jurídico ou comunidade política.

A decisão, como proposta por Schmitt, não se verificou ao longo da história nem mesmo em relação aos regimes totalitários, ainda que Hitler e Stalin tenham escolhido seus inimigos e que se possa falar em homogeneização das massas nas sociedades alemã e russa.



Benefícios fiscais concedidos às instituições de ensino privadas como garantias do direito social à educação na perspectiva luso-brasileira

PAOLA COELHO GERSZTEIN⁽¹⁾



Palavras chave: Estado Pós-Social, educação, Portugal, Brasil.

1. Introdução

O presente trabalho busca analisar os benefícios tributários concedidos às instituições privadas de ensino como garantias complementares à prestação do direito social à educação sob a ótica das legislações brasileira e portuguesa.

Começaremos por apresentar a forma como o direito à educação foi previsto em todas as Constituições portuguesas e brasileiras. A perspectiva história faz-se importante por demonstrar a evolução do direito social ora tratado.

Em virtude de o acesso ao ensino de qualidade constituir um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito, sua prestação, seja pelo

(1) Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

serviço público ou pela iniciativa privada, deve realizar-se com a necessária cooperação do Estado, por meio de legislação adequada, políticas públicas que levem em conta a realidade social de cada país ou região e o necessário financiamento.

Elegemos para este estudo o instituto da imunidade tributária das instituições de ensino, na perspectiva brasileira, e os benefícios fiscais, na perspectiva portuguesa.

Tais institutos configuram a atuação simultânea do Estado e da iniciativa privada no desenvolvimento de atividade de interesse público implementadora do direito social à educação.

Recorremos à teoria geral do Direito Tributário como pressuposto ao desenvolvimento do tema. Assim, apresentamos uma sucinta exposição sobre a tributação, desenvolvendo uma análise geral da atividade do Estado voltada à arrecadação, mediante tributos, dos recursos necessários à efetivação de suas funções. Já que a tributação só pode realizar-se mediante atividade administrativa plenamente vinculada, com princípios e garantias previstos constitucionalmente, tal tema insere-se no âmbito do Direito Constitucional.

2. Direito social à educação no Estado Pós-Social

Conforme ensina António Barreto,⁽²⁾ sob a égide do Estado Social os princípios igualitários e democráticos têm influência decisiva sobre as doutrinas educativas e as correntes pedagógicas. A educação deve ser universal, aplicar-se a todos, indistintamente. O Estado deve garantir o mínimo de educação a todos os cidadãos. A escolaridade deve ser obrigatória, podendo-se inclusive prever penalizações para os pais que descumpram tal regra. A igualdade de todos, enquanto cidadãos de uma determinada sociedade, deve também imperar em termos educativos.

Aliás, é a educação justamente o primeiro pilar de qualquer sociedade que se pretenda igualitária e minimamente justa.

Iniciada no século XIX, mas aceita e generalizada no século XX, a ideia de um sistema público de ensino teve quase sempre os mesmos objetivos: centralizar; unificar e integrar. O Estado e os governos viram, na educação,

(2) BARRETO, ANTÓNIO, "Centralização e descentralização no sistema educativo." In *Análise Social*, V. XXX (130), 1995 (1^o), pp. 163/165.

um meio excelente para afirmar sua autoridade. Através da educação, esperavam, seria possível “formar cidadãos”, “zelar pelas consciências”, “cuidar pelos comportamentos” e formar técnicos e trabalhadores. Nos anos 30 e 40, em Portugal, era frequente utilizar-se, com positiva convicção, a fórmula “moldar os espíritos”. Ademais, foram inúmeras as metáforas e comparações da escola com “viveiro”, “alfobre”, “berço” e até “fábrica”.⁽³⁾

Durante o período do chamado Estado Social, em muitos países, a centralidade e a unificação do sistema de ensino foram defendidas pelas forças políticas das várias correntes doutrinárias, ao longo de muitas décadas. Apesar das exceções, a maior parte dos partidos políticos de quase todos os países ocidentais defendeu e reforçou a centralização do sistema de instrução. Em alguns casos, por preocupações decorrentes do nacionalismo e dos programas de integração nacional. Noutros, pela convicção de que os governos são os responsáveis pela formação não só técnica e cultural, mas também moral e cívica dos cidadãos. E, em outros ainda, pela ambição de poder vir a reformar o sistema educativo, orientando sua organização e sendo por ele o responsável perante o eleitorado.⁽⁴⁾

Em Portugal, os republicanos das primeiras décadas do século, a “União Nacional” do Estado Novo e, do Estado democrático, os partidos social-democrata, socialista e comunista defenderam e promoveram a centralidade e a unificação do sistema de ensino. Todos defenderam a “responsabilidade moral e cívica do Estado” e combateram a ideia da “escola neutra” ou do “Estado neutro” em matéria educativa. Todos pugnaram por uma escola que defendesse e servisse aos ideais cívicos, culturais e políticos, que correspondesse as suas interpretações do que seriam os interesses e os valores nacionais.⁽⁵⁾

E, como demonstram as ideias expostas, as principais linhas de força da evolução do sistema educativo público não tiveram um sentido histórico e doutrinário unívoco. A centralidade, a integração e a unificação não serviram apenas para implantar a igualdade entre os cidadãos e construir regimes democráticos, mas também para fundamentar regimes autoritários.

(3) BARRETO, ANTÓNIO, *op. cit.*, pp. 163/165.

(4) BARRETO, ANTÓNIO, *op. cit.*, pp. 163/165.

(5) Barreto, ANTÓNIO, *op. cit.*, pp. 166/167.

Em Portugal, embora com valores diferentes, tanto a Primeira República como o Estado Novo tentaram impor um modelo único de educação, uma “escola politicamente orientada” e uma “pedagogia ideologicamente definida”, assim como um sistema educacional apertadamente submetido ao Estado. A laicização não contribuiu apenas para o desenvolvimento de escolas tolerantes e pluralistas, mas também para a manutenção de escolas ideologicamente orientadas. A natureza real da escola e do sistema de ensino acabou por depender mais da sociedade envolvente e do regime político e fiscal do que das doutrinas pedagógicas.⁽⁶⁾

Segundo ensina Vasco Pereira da Silva,⁽⁷⁾ a partir dos anos 70, tornou-se evidente a incapacidade do Estado-Social de responder às exigências de caráter político, econômico e social colocadas pela sociedade.

O Professor de Lisboa enumera os seguintes “sintomas de doença” desta forma de Estado:

- a. a multiplicação das despesas públicas decorrentes da intervenção do Estado na economia para corrigir as disfunções do mercado;
- b. a ineficiência econômica de um Estado que cresceu, sem que tal crescimento estivesse ligado ao aumento do bem-estar individual, mas a um desmesurado aumento da burocracia, que tornou a Administração um aparelho pesado e de funcionamento moroso;
- c. emergência da questão ecológica;
- d. o aumento das contribuições dos indivíduos para o Estado, seja no plano da fiscalidade, seja no âmbito da Segurança Social, o que gera sentimentos de desconfiança e de incerteza, ou mesmo de insatisfação dos cidadãos, diminuindo assim a legitimação dos poderes públicos;
- e. corrupção;
- f. o alheamento dos cidadãos face à “desideologização” decorrente do falhaço do modelo comunista e do desaparecimento da divisão do mundo em blocos antagônicos.

Ainda conforme Vasco Pereira da Silva, a crise do Estado Social foi a face visível de um processo de transformação e de revitalização dos fenômenos políticos. Em suas palavras: “*O que desapareceu não foi o Estado, mas um certo modo de o entender.*” E é por isso que a passagem do

(6) BARRETO, ANTÓNIO, *op. cit.*, pp. 166/167.

(7) SILVA, VASCO PEREIRA DA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 138/140.

Estado Social para o Estado Pós-Social não constitui a “morte” de determinada forma de organização, mas sim o surgimento de um modelo de Estado que tenta responder aos problemas com que se defrontam as atuais sociedades.⁽⁸⁾

Esta nova concepção funda-se na capacidade de participação no exercício do poder político e na gestão dos negócios da comunidade, por meio da participação direta ou indireta dos cidadãos.

Como bem define Maria João Estorninho, pode-se verdadeiramente falar de um “novo rosto” da Administração Pública.⁽⁹⁾

E é a Professora Maria João Estorninho quem define a posição do administrado face aos diferentes modelos de Estado:⁽¹⁰⁾

“Se no Estado Absoluto o administrado é encarado como súdito, no Estado Liberal como 'cidadão' e no Estado Social como 'utente' de uma Administração prestadora, neste Estado dos anos noventa, na minha opinião, o administrado parece começar a ser encarado essencialmente como 'consumidor' ou 'cliente' de uma Administração 'gestora e garante'”.

O que caracteriza o Estado Pós-Social é, portanto, a cooperação entre Estado e sociedade, que se manifesta de várias formas. No Brasil, a título de exemplo, há as parcerias público-privadas; as organizações sociais de interesse público e as organizações não governamentais (integrantes do chamado “Terceiro Setor”) e, o que será tratado adiante, as imunidades tributárias concedidas a determinadas entidades privadas, que executam fins de interesse público.

E é neste contexto do Estado Pós-Providência ou Pós-Social, no qual atua uma Administração Pública “garante” e “de fomento”, que o serviço de educação será tratado neste trabalho.

Passemos, agora, à análise do direito à educação ao longo do histórico constitucional dos países em foco neste trabalho.

(8) SILVA, *op. cit.*, p. 141.

(9) ESTORNINHO, MARIA JOÃO, “A fuga para o Direito Privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública.” Coimbra: Almedina, 1996, p. 47.

(10) ESTORNINHO, MARIA JOÃO, “Direito Administrativo I: «roteiro» das aulas práticas.” Lisboa: A.A.F.D.L., 1997.

3. O direito ao ensino nas Constituições Portuguesas

A Constituição de 1822,⁽¹¹⁾ em seu Capítulo IV, intitulado “Dos estabelecimentos de instrução pública e de caridade”, artigo 239,⁽¹²⁾ garantiu a liberdade a todos os cidadãos para que estes “abrissem aulas para o ensino público”, prevendo inclusive a responsabilização pelo abuso desta liberdade.⁽¹³⁾

O texto constitucional de 1838⁽¹⁴⁾ não estabeleceu regra própria sobre o ensino privado, mas previu a responsabilização pelo abuso do direito ao ensino público.⁽¹⁵⁾

Durante o século XIX estabeleceu-se em Portugal a ideia de que o Estado tinha responsabilidades no campo da instrução pública. Nesta época, ocorreram sucessivas “reformas educativas”. Quase não existiu governo, Primeiro-Ministro ou Ministro da Educação que não acreditasse piamente em sua missão educativa e não tentasse reorganizar profundamente alguns ou todos os graus de ensino.⁽¹⁶⁾

A Constituição de 1911⁽¹⁷⁾ previu expressamente o ensino particular, ressaltando que este seria fiscalizado pelo Estado.⁽¹⁸⁾

(11) MIRANDA, JORGE, “Anteriores Constituições Portuguesas.” *In* Separata do “Boletim do Ministério da Justiça”, Números 234 a 240, 243 e 244. Lisboa, 1975, pp. 91/92.

(12) Artigo 239. É livre a todo o cidadão abrir aulas para o ensino publico, comtanto que haja de responder pelo abuso desta liberdade nos casos, e pela forma que a lei determinar.

(13) Também sobre a educação, previa a Constituição de 1822:

Artigo 237. Em todos os lugares do reino, onde convier, haverá escolas sufficientemente dotadas, em que se ensine a mocidade Portugueza de ambos os sexos a ler, escrever, e contar, e o cathecismo das obrigações religiosas e civis.

Artigo 238. Os actuaes estabelecimentos de instrucção publica serão novamente regulados, e se criarão outros onde convier, para o ensino das sciencias e das artes.

(14) MIRANDA, JORGE, *op. cit.*, p. 195.

(15) Artigo 28. A Constituição também garante:

I - A instrução primaria e gratuita,

II - Estabelecimentos em que se ensinem as sciencias, letras, e artes;

III - Os socorros publicos;

IV - A nobreza hereditaria, e suas regalias puramente honorificas.

Artigo 29. O ensino publico é livre a todos os Cidadãos, com tanto que respondam, na conformidade da Lei, pelo abuso deste direito.

(16) BARRETO, ANTÓNIO, *op. cit.*, pp. 161/162.

(17) MIRANDA, JORGE, *op. cit.*, p. 237.

(18) 10. O ensino ministrado nos estabelecimentos públicos e particulares fiscalizados pelo Estado será neutro em matéria religiosa;

A Constituição de 1933⁽¹⁹⁾ reflete o propósito de implantação do ideário republicano, que teve sequência extremada no Estado Novo, como um Estado que pela primeira vez assumia-se como Social. O ideário nacionalista neutralizava a criatividade individual, “moldando os espíritos”, à observância da Constituição, da hierarquia e da ação coordenadora do Estado.⁽²⁰⁾

A ideologia do período é claramente percebida pela leitura do disposto no artigo 43.⁽²¹⁾

Já os artigos 42 e 44 dispuseram acerca da criação de escolas particulares **paralelas** às do Estado, sujeitas à sua fiscalização e podendo ser, inclusive, subsidiadas.⁽²²⁾

Mais tarde, nos anos 40 deste século, enquanto noutros países europeus já estava adquirida a ideia da responsabilidade do Estado pela criação de um sistema educativo universal e obrigatório, em Portugal ainda se discutiam os fundamentos do problema, pois, na então Assembléia Nacional, numerosos deputados do partido único —União Nacional— contrariavam os programas de escolaridade obrigatória.⁽²³⁾

11. O ensino primário elementar será obrigatório e gratuito.

(19) MIRANDA, JORGE, “Anteriores Constituições Portuguesas.” *In Separata* do “Boletim do Ministério da Justiça”, Números 234 a 240, 243 e 244. Lisboa, 1975, pp. 424/425.

(20) GOMES, CARLA AMADO, “Descentralização, autonomia e garantia da qualidade de ensino nas escolas do ensino básico e secundário português.” *In Separata* da revista “O Direito”. Ano 140, Almedina, 2008 (I). p. 247.

(21) Artigo 43 O Estado manterá oficialmente escolas primárias, complementares, médias e superiores e institutos de alta cultura.

§ 1. - O ensino primário elementar é obrigatório, podendo fazer-se no lar doméstico, em escolas particulares ou em escolas oficiais.

§ 2. - As artes e as ciências serão fomentadas e protegidas no seu desenvolvimento, ensino e propaganda, desde que sejam respeitadas a Constituição, a hierarquia e a acção coordenadora do Estado.

§ 3. - O ensino ministrado pelo Estado é independente de qualquer culto religioso, não o devendo porém hostilizar, a visa, além do vigoramento físico e do aperfeiçoamento das faculdades intelectuais, à formação do carácter, do valor profissional e de todas as virtudes cívicas e morais.

§ 4. - Não depende de autorização o ensino religioso nas escolas particulares.

(22) Artigo 42. A educação e instrução são obrigatórias e pertencem à família e aos estabelecimentos oficiais ou particulares em cooperação com ela.

Artigo 44. É livre o estabelecimento de escolas particulares paralelas às do Estado, ficando sujeitas à fiscalização dêste e podendo ser por êle subsidiadas, ou oficializadas para o efeito de concederem diplomas quando os seus programas e categoria do respectivo pessoal docente não forem inferiores aos dos estabelecimentos oficiais similares.

(23) BARRETO, *op. cit.*, pp. 161/162

Gradualmente, a cultura e a educação foram estabelecendo-se como direitos sociais, amparados pela lei. Há algumas décadas, o acento tónico era colocado no carácter obrigatório da escola, sendo os pais os responsáveis por seu cumprimento. Hoje, o carácter obrigatório aplica-se ao Poder público, na medida em que lhe compete concretizar o direito de todos à educação. Assim, a escolaridade obrigatória, que surgiu como uma imposição estatal para forçar os pais a levar os filhos à escola, transformou-se em um direito que deve ser satisfeito pelo Estado. Nas palavras de António Barreto: "o dever da escola transformou-se no direito à educação".⁽²⁴⁾ Esta tendência reforçou três princípios orientadores do sistema de ensino em Portugal: integração; centralização e unificação.⁽²⁵⁾

4. O direito ao ensino nas Constituições Brasileiras

O primeiro texto constitucional brasileiro previu o ensino primário gratuito a todos os cidadãos como uma das garantias dos direitos fundamentais.⁽²⁶⁾

A Constituição de 1891, ao instituir a forma republicana de governo, determinou em sua Declaração de Direitos que seria leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.⁽²⁷⁾

A Constituição de 1934 disciplinou vários aspectos do ensino,⁽²⁸⁾ tanto público quanto privado, sendo a primeira a estabelecer a competência da

(24) BARRETO, *op. cit.*, pp. 161/162.

(25) O autor entende por integração, a criação de vínculos e laços, horizontais e verticais, entre todas as unidades e estabelecimentos educativos, com o escopo de criar um sistema coerente adaptado a uma entidade territorial e administrativa, em geral de âmbito nacional.

A centralização consiste no estabelecimento de uma autoridade global - em princípio governamental ou estatal - que regule e presida as atividades de todas as unidades do sistema integrado.

Por sua vez, a unificação é a tentativa de homogeneizar métodos e regras, programas e objetivos, para proporcionar um aprendizado igualitário em uma entidade territorial e administrativa, geralmente o Estado-nação, suscitando comportamentos semelhantes de modo a evitar ou reduzir atuações singulares ou diferentes. Barreto, *op. cit.*, p. 160.

(26) Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: "XXXII. A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos".

(27) Art 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: "§ 6.º Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos".

(28) Art 149 - A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados

União para traçar as diretrizes da educação nacional⁽²⁹⁾ e a prever normas sobre o ensino privado.

Foi a primeira vez que se dispôs sobre um plano nacional de educação e, sobretudo, concedeu-se o novel instituto da *isenção tributária*,⁽³⁰⁾ pela via constitucional, aos estabelecimentos particulares de ensino. Porém, o dispositivo que tratava da matéria associava a isenção à educação primária *gratuita* ministrada por instituições particulares de ensino.

Seguindo a linha do que ocorreu em Portugal, a Carta de 1937 estabeleceu ser a educação dever dos pais, sendo dever do Estado suprir as lacunas do ensino particular, em caráter principal ou subsidiário.⁽³¹⁾

O caráter democrático da Constituição de 1946, após o fim da ditadura do Estado Novo, na esteira do que ocorreu em Portugal, estabeleceu que o ensino fosse ministrado pelo Poder público, sendo livre à iniciativa privada.⁽³²⁾ Inovou, ao determinar que o amparo é dever do Estado.

Transmutou-se, desta forma, o caráter subsidiário da atuação estatal em dever de prestar o serviço público de ensino.

A Carta de 1967 manteve as mesmas disposições da Constituição anterior, vale lembrar, contudo, que a liberdade de cátedra constituía letra morta no texto constitucional, tendo em vista que o Brasil padecia sob a ditadura militar neste período.

A Constituição de 1969, em vigor durante o período mais autoritário da ditadura que assolou o país, limitou a "liberdade de comunicação de co-

no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.

Art 154 - Os estabelecimentos particulares de educação, gratuita primária ou profissional, oficialmente considerados idôneos, serão isentos de qualquer tributo.

(29) Art 5º - Compete privativamente à União: XIV - traçar as diretrizes da educação nacional.

(30) O Art. 154 da Constituição de 1934 fala em isenção, ao contrário da atual Constituição Brasileira, que classifica como imunidades as não exações tributárias constitucionalmente previstas e como isenções os benefícios previstos em lei. A diferença é que a imunidade, por ser norma constitucional, reveste-se de maior segurança jurídica, ao passo que a isenção pode ser simplesmente revogada.

(31) Art 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

(32) Art 167 - O ensino dos diferentes ramos será ministrado pelos Poderes Públicos e é livre à iniciativa particular, respeitadas as leis que o regulem.

Art 174 - O amparo à cultura é dever do Estado.

nhcimentos no exercício do magistério”⁽³³⁾ e ainda restringiu claramente o direito fundamental de livre manifestação do pensamento.⁽³⁴⁾

A análise dos textos constitucionais mencionados deixa patente como o direito à educação constitui fundamento de qualquer regime democrático, tendo sido, portanto, limitado nas Cartas que vigoraram durante regimes ditatoriais.

5. A atual configuração do direito à educação nas Constituições Portuguesa e Brasileira

5.1. O que é um programa constitucional

O que significa falar do programa constitucional? Significa identificar a ideologia da Constituição, que se expressa nas normas e princípios constitucionais que vão delineando no devenir histórico o modelo da nação. Eles configuram um corpo sistemático que integra e sintetiza os interesses e valores que coabitam em seu seio. Esta interação entre regras e princípios, interesses e valores, encontra sua verdadeira dimensão quando se

(33) Art. 176. A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola.

§ 3.º A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas:

VII - a liberdade de comunicação de conhecimentos no exercício do magistério, ressalvado o disposto no artigo 154.

Art. 154. O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.

Parágrafo único. Quando se tratar de titular de mandato eletivo, o processo não dependerá de licença da Câmara a que pertencer.

(34) Art. 179. As ciências, as letras e as artes são livres, ressalvado o disposto no parágrafo 8º do artigo 153.

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 8.º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão a ordem ou preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

alinha com os meios, os fins, os impulsos, as intenções que atuam como ordenadores da vida política, social e econômica, e que sintetizam seu objetivo no Preâmbulo.⁽³⁵⁾

A Constituição Portuguesa, em seu texto original, continha dispositivos que revelavam intenções socialistas, ao mesmo tempo em que outras normas revelavam-se liberais.⁽³⁶⁾

Como bem sustenta Bulit Goñi: *“No hay un programa de la Constitución, la Constitución es el programa”*.⁽³⁷⁾

Há de se ver cada norma e o conjunto de todas elas, potencializadas como autoproposições razoáveis de um povo que, em um dado momento de sua história, coletando sua experiência e pensando no futuro, deu-se uma ordem para a convivência e o progresso em liberdade.⁽³⁸⁾

A seguir, passa-se à análise dos modelos constitucionais em vigor, relativos ao direito social à educação, em ambos os países tratados neste estudo.

(35) Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa Do Brasil.

(36) Pelo preâmbulo da Constituição Portuguesa tornam-se claras as forças atuantes no sentido de estabelecer um regime democrático após a longa ditadura de Salazar.

A 25 de Abril de 1974, o Movimento das Forças Armadas, coroando a longa resistência do povo português e interpretando os seus sentimentos profundos, derrubou o regime fascista. Libertar Portugal da ditadura, da opressão e do colonialismo representou uma transformação revolucionária e o início de uma viragem histórica da sociedade portuguesa. A Revolução restituiu aos Portugueses os direitos e liberdades fundamentais. No exercício destes direitos e liberdades, os legítimos representantes do povo reúnem-se para elaborar uma Constituição que corresponde às aspirações do país.

A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno.

A Assembleia Constituinte, reunida na sessão plenária de 2 de Abril de 1976, aprova e decreta a seguinte Constituição da República Portuguesa:

(37) BULIT GOÑI, ENRIQUE, e otros, “El programa constitucional como directiva para el legislador y como límite para el ejercicio del poder tributario” apud, TARSITANO, ALBERTO, “Los tributos y el derecho de enseñar y aprender” in Revista Jurídica de Buenos Aires, 2001, Derechos Humanos y Tributación, coordinada por José O. Casás. 1ª ed, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002

(38) GOÑI, *op. cit.*

5.2. O direito à educação na Constituição Portuguesa de 1976

As liberdades de aprender e de ensinar consagraram-se como liberdades fundamentais logo no texto originário da Constituição de 1976.

A evolução das normas constitucionais neste domínio —com as revisões constitucionais de 1982, 1989 e 1997— processou-se fortalecendo as liberdades, especialmente no que se refere ao direito de criação de escolas particulares e a sua autonomia perante o Estado.

Porém, tal autonomia é limitada, pois, como afirma Carla Amado Gomes, a Constituição de 1976 não necessita, com efeito, promover condições de sedimentação do ideário republicano. E repugna-lhe a manipulação dos espíritos incentivada no anterior regime (conforme normas supracitadas neste trabalho). No entanto, sua incondicional adesão ao princípio da igualdade —social, política, cultural— não lhe permite abrir mão do controle centralizado do sistema de ensino, pelo menos no que se reporta à dimensão científica.⁽³⁹⁾

José Carlos Vieira de Andrade ensina que foram retiradas da Constituição expressões normativas que diminuíam o valor do ensino privado (“supletivo do ensino público”) e funcionalizavam a uma perspectiva ideológica todo o ensino (devia ser modificado pelo Estado “de modo a superar a sua função conservadora da divisão social do trabalho”) e a educação em geral (deveria contribuir para “o desenvolvimento da personalidade e para o progresso da sociedade democrática e socialista”). Ao passo que se acrescentaram, além do direito de criação de escolas particulares, o dever do Estado de reconhecer o ensino privado.⁽⁴⁰⁾

Não há dúvida de que o direito à educação é, além de constitucionalmente consagrado, legalmente protegido e culturalmente enraizado. Os deveres e as obrigações do Estado concernentes à educação estão firmemente ancorados no texto constitucional, existindo, todavia, grandes diferenças sociais quanto ao método e à qualidade de cumprimento desses deveres. A universalidade do sistema educativo está garantida e “faz

(39) GOMES, CARLA AMADO, “Descentralização, autonomia e garantia da qualidade de ensino nas escolas do ensino básico e secundário português.” *In* *Separata da revista “O Direito”*. Ano 140. Almedina, 2008 (I), p. 247.

(40) ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, “O papel do ensino privado na actual Constituição Portuguesa.” *In* *Temas de Direito da Educação*. Coordenação de António Pedro Barbas Homem. Almedina, 2006, pp. 13/14.

parte dos costumes”, o que, em certo sentido, conforme leciona António Barreto,⁽⁴¹⁾ tem tanta ou mais força que a lei positiva. Os deveres e direitos dos pais e dos estudantes estão socialmente assumidos e compõem o patrimônio cultural. A escolaridade obrigatória, como dito alhures, deixou culturalmente de ser um imperativo legal, imposto aos pais pelo Estado, para se transformar no dever que o Estado tem de satisfazer um direito dos cidadãos.

Uma leitura sistematizada das normas constitucionais atinentes à educação exige a compreensão prévia da natureza diferente de cada um dos dois conjuntos de direitos previstos na CRP: os direitos fundamentais pessoais de liberdade (referidos na Constituição como direitos, liberdades e garantias pessoais) e os direitos sociais (que a Constituição subdivide em direitos econômicos, sociais e culturais). Só então será possível compreender bem as funções e as relações entre eles.⁽⁴²⁾

Passemos, então, à leitura e análise dos dispositivos relacionados ao tema deste trabalho.

As liberdades de aprender e ensinar estão previstas na Constituição Portuguesa conforme normas adiante transcritas, *in verbis*:

"Artigo 43.º

(Liberdade de aprender e ensinar)

1. É garantida a liberdade de aprender e ensinar. (...) não pode programar a educação e a cultura segundo ctrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas.
3. O ensino público não será confessional.
4. É garantido o direito de criação de escolas particulares e cooperativas".

Segundo Jorge Miranda, inobstante o direito de criação de escolas por entidades diferentes do Estado seja uma das vias de realização da liberdade de escola, a norma contida no artigo 43.º, n. 4, não consagra uma liberdade no pleno sentido da palavra. Os interesses em causa —primeiramente, dos alunos, e as exigências de preservação da iden-

(41) BARRETO, *op. cit.*, p. 169.

(42) PINTO, MÁRIO FERNANDO DE CAMPOS, "Liberdades de aprender e de ensinar: escola privada e escola pública." *In Análise Social*, V. XXVIII (123-124), 1993 (4º-5º), p. 758.

tidade nacional e da democratização da educação e da cultura— justificam a necessidade de autorização (ou de reconhecimento de interesse público), ao contrário do que se passa com as escolas de formação de ministros de culto (artigo 41.º, n. 5, 1ª parte).⁽⁴³⁾

Cabe, pois, à lei estabelecer os requisitos que as escolas particulares e cooperativas devem satisfazer – naturalmente, mais rigorosos quanto ao ensino infantil e ao ensino universitário do que quanto aos outros graus. E pode a lei reservar o exercício do direito de criação de escolas a entidades de certa natureza ou dele excluir outras entidades: porque se trata de iniciativa cultural, há de ser a maior ou menor idoneidade para a definição e a prossecução de projectos educativos a prevalecer. De todo o modo, ainda em virtude do postulado da reserva de lei, sob nenhuma hipótese dependerá a concessão de autorização de poder discricionário; terá de ser sempre vinculada.⁽⁴⁴⁾

Gomes Canotilho afirma que o preceito em tela reconhece e garante dois direitos distintos (embora estreitamente correlacionados): a liberdade de aprender e de ensinar (n.º 1) e o direito de fundação de escolas particulares e cooperativas (n.º 4). A ligação entre tais direitos consiste, sob um aspecto, em que o direito de criar escolas particulares ou cooperativas é um elemento da liberdade de ensino (liberdade de nelas ensinar e de as frequentar), não sendo obrigatório ensinar ou aprender na escola pú-

(43) MIRANDA, JORGE E MEDEIROS, RUI, “Constituição Portuguesa anotada.” Tomo I. Coimbra Editora, 2007, pp. 459/460.

(44) MIRANDA, *op. cit.*, pp. 459/460.

Para Gomes Canotilho, o n.º 4 consiste essencialmente na liberdade de entidades privadas e cooperativas fundarem estabelecimentos de ensino, sem impedimento e sem necessidade de autorização discricionária estadual mas sem prejuízo dos requisitos materiais e procedimentais estabelecidos por lei (76.º-2). Trata-se afinal de estender ao serviço de ensino a liberdade de iniciativa económica privada e cooperativa (Art. 61.º). A liberdade de fundação de escolas não abrange, porém, imediatamente o direito a conferir habilitações ou graus públicos, o qual pode depender de autorização ou licença públicas e ficar submetida a requisitos mais ou menos exigentes. Entre estes (adequação de instalações e equipamentos, nível pedagógico e científico, aprovação de planos de curso, etc.), há de contar-se necessariamente a exigência pelo respeito à liberdade de ensino (incluindo o princípio da não discriminação no acesso) (n.º 1), sem prejuízo da sua orientação própria, e ao princípio da não confessionalidade do ensino. Note-se que o ensino privado (seja particular, seja cooperativo) está sempre sujeito a fiscalização do Estado (art. 75.º-2). Seguro é, por outro lado, que o direito de criação de escolas particulares ou cooperativas não engloba um direito ao apoio estadual; o qual, sendo concedido, não pode ser discriminatório, podendo, porém, discutir-se se o Estado pode apoiar escolas confessionais por possível incompatibilidade com o princípio da laicidade. CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM Y GOMES, E MOREIRA, Vital. “Constituição da República Portuguesa Anotada.” V. I. 4ª ed. revista. Coimbra Editora, 2007, p. 628.

blica ("liberdade de escola"); e, por outro lado, em que a liberdade de aprender e de ensinar, enquanto direito pessoal de docentes e discentes, vale também para as escolas privadas ou cooperativas, não podendo estas —principalmente quando habilitadas a conferir qualificações ou graus oficialmente reconhecidos— deixar de submeter-se aos princípios da liberdade de ensino ("liberdade na escola").⁽⁴⁵⁾

A norma que dispõe sobre o ensino público, particular e cooperativo está inserta no artigo 75.º da Constituição Portuguesa, *in verbis*:

"Artigo 75.º

(*Ensino público, particular e cooperativo*)

1. O Estado criará uma rede de estabelecimentos públicos de ensino que cubra as necessidades de toda a população.
2. O Estado reconhece e fiscaliza o ensino particular e cooperativo, nos termos da lei".

Jorge Miranda entende que este artigo complementa o artigo 43.º e, por isso, o que dele consta devesse *de jure condendo* ser ali aditado.⁽⁴⁶⁾

Além da óbvia sujeição à fiscalização do ensino não público —paralela à direção, à fiscalização ou à tutela que o Estado exerce sobre as escolas públicas— cabe salientar, no n.º 2, a regra do reconhecimento.⁽⁴⁷⁾

O reconhecimento significa que, observados os requisitos que a lei fixar —que não podem ser inferiores aos requisitos exigidos às escolas públicas— os cursos ministrados nas escolas privadas e os seus graus e diplomas produzem os mesmos efeitos. E, nessa medida, é oficial o ensino ministrado em ambas as categorias de escolas.⁽⁴⁸⁾

Logicamente, o direito à criação de escolas não públicas (artigo 43.º, n.º 4) acompanha-se do direito ao reconhecimento dos seus cursos, com a inerente fiscalização *a priori* ou *a posteriori* que o legislador estipular. Não se acompanha de direito a qualquer forma de apoio económico, embora

(45) CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES E MOREIRA, Vital. "Constituição da República Portuguesa Anotada." V. I. 4ª ed. revista. Coimbra Editora, 2007, p. 625.

(46) MIRANDA, *op. cit.*, pp. 736/737.

(47) MIRANDA, *ibid.*.

(48) MIRANDA, *ibid.*.

não o exclua, principalmente na perspectiva da garantia da liberdade e igualdade dos alunos.⁽⁴⁹⁾

Segundo Gomes Canotilho, todas as incumbências do Estado para garantir o direito ao ensino dizem respeito ao serviço público de ensino e, portanto, à escola pública, pois só a si mesmo é que o Estado pode impor as obrigações em causa, como, por exemplo, a obrigatoriedade e gratuidade do ensino básico, a obrigação de aceitação dos alunos, a garantia de acesso aos graus de ensino, a inserção das escolas nas comunidades, o acesso dos deficientes etc. Como o Estado não detém o monopólio do ensino, pode estender algumas dessas obrigações públicas às escolas particulares, com a sua anuência, a troco do apoio de que estas careçam para o efeito. Mas isso só a título de livre opção legislativa e nunca de obrigação do Estado.⁽⁵⁰⁾

José Carlos Vieira de Andrade entende que o atual contexto constitucional e sua respectiva evolução determinam indubitavelmente que o Estado não possui o monopólio do ensino, mas que o ensino nas escolas privadas não é o exercício de uma atividade pública delegada, mas de uma atividade privada *concorrente* com o ensino público. Sob este prisma, a Constituição consagra um modelo de “*escola privada autorizada*” e não um modelo de “*escola pública delegada*”.⁽⁵¹⁾

Segundo referido autor, o preceito constitucional, interpretado no espírito do sistema, deixa claro que o ensino é uma tarefa pública necessária e que, por isso, o Estado não pode privatizar o setor e limitar-se a um papel de regulação, devendo concorrer ativamente na prestação dessa atividade. O que não impede o pluralismo educativo, tampouco impõe uma estatização do ensino, admitindo-se a concorrência entre escolas privadas e escolas públicas.

Com a devida vênia ao ilustre Professor, discordamos desta opinião, por entendermos que a lógica do ensino privado em Portugal é *complementar*, e não *concorrente*.

Sendo complementar, tem caráter subsidiário, o que também ocorre no Brasil, como veremos adiante.

(49) MIRANDA, *op. cit.*, pp. 736/737.

(50) CANOTILHO, *op. cit.*, p. 901.

(51) ANDRADE, *op. cit.*, p. 19.

5.3. O direito à educação na Constituição Brasileira de 1988

Em seu artigo 205, assim estabelece a Constituição Brasileira:

"Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

Esta norma, ao classificar a educação como direito dos cidadãos, dever do Estado e da família, e impor a participação da sociedade, é manifestamente característica do Estado Pós-Social, ao determinar que a promoção e incentivo de um direito social fundamental será implementada **com a colaboração da sociedade**.

José Afonso da Silva ensina que a educação como processo de reconstrução da experiência é um atributo da pessoa humana, e, por isso, tem de ser comum a todos. E é essa concepção que a Constituição Brasileira agasalha nos artigos 205 a 214, quando declara que ela é *direito de todos e dever do Estado*.⁽⁵²⁾

Os princípios que norteiam o ensino encontram-se previstos no artigo 206:

"Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das

(52) SILVA, JOSÉ AFONSO DA, "Curso de Direito Constitucional Positivo." 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 810.

redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade.

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)".

A **gestão democrática do ensino público** é princípio que, na prática, também caracteriza o Estado Pós-Social, ao incluir pais e alunos no direcionamento das atividades escolares.

No que se refere ao ensino ministrado por instituições privadas, estabelece a Carta Magna:

"Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder público.

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder público, no caso de encerramento de suas atividades.

§1.º - Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência

de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

§ 2.º - As atividades universitárias de pesquisa e extensão poderão receber apoio financeiro do Poder público".

A Constituição Brasileira elevou a educação à categoria de serviço público essencial que ao Poder público impende possibilitar a todos, pelo que a iniciativa privada, nesse campo, apesar de livre, tem papel secundário e condicionado à autorização e avaliação do Poder público.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu acerca da natureza do serviço de educação, nos seguintes termos:

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 10.989/93 DO ESTADO DE PERNAMBUCO. EDUCAÇÃO: SERVIÇO PÚBLICO NÃO PRIVATIVO. MENSALIDADES ESCOLARES. FIXAÇÃO DA DATA DE VENCIMENTO. MATÉRIA DE DIREITO CONTRATUAL. VÍCIO DE INICIATIVA. 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser desenvolvidos pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição do Brasil, compete à União legislar sobre direito civil. 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente. (ADI 1007, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2005, DJ 24-02-2006 PP-00005 EMENT VOL-02222-01 PP-00007)".

O dever estatal com a educação implica a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, cada qual com seu sistema de ensino, em regime de colaboração mútua e recíproca, destinar, anualmente, a União não menos de dezoito por cento da receita de impostos, e os Estados e Municípios, cada um, no mínimo vinte e cinco por cento da receita de impostos, compreendida a proveniente de transferências, com prioridade de aplicação no ensino obrigatório. Esses recursos, como qualquer outro recurso público, destinam-se à escola pública.

Neste sentido, afirma Anísio Teixeira:

“Obrigatória, gratuita e universal, a educação só poderia ser ministrada pelo Estado. Impossível deixá-la confiada a particulares, pois estes somente podiam oferecê-la aos que tivessem posses (ou a 'protegidos') e daí operar antes para perpetuar as desigualdades sociais, que para removê-las. A escola pública, comum a todos, não seria, assim, o instrumento de benevolência de uma classe dominante, tomada de generosidade ou de medo, mas um direito do povo, sobretudo das classes trabalhadoras, para que, na ordem capitalista, o trabalho (não se trata, com efeito, de nenhuma doutrina socialista, mas do melhor capitalismo) não se conservasse servil, submetido e degradado, mas, igual ao capital na consciência de suas reivindicações e dos seus direitos”.⁽⁵³⁾

Como ocorre em Portugal, a opção constitucional é patente no sentido do caráter *complementar* do ensino privado.

E a destinação dos recursos públicos deixa clara tal opção, já que o financiamento da educação destina-se, prioritariamente, às escolas públicas, podendo destinar-se às escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, inclusive por meio de bolsas de estudos a quem demonstrar insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares na rede pública na localidade da residência do educando.

6. A prestação privada do serviço de educação

A questão a ser tratada neste trabalho não é a de se questionar sobre a obrigatoriedade ou não do serviço de educação ser um serviço público, como consequência da ponderação entre a liberdade de ensinar e aprender e o monopólio da educação pelo Estado.

Sendo a educação um direito social, caberia ao Estado satisfazer tal direito.

Mas, sob o paradigma do Estado Pós-Social e, diante da incontestável incapacidade do Poder público de fornecer todas as prestações incluídas nos direitos sociais previstos nas Constituições Portuguesa e Brasileira, deve a educação ser prestada somente pelo Estado?

(53) TEIXEIRA, ANÍSIO, “Educação não é privilégio.” Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1957. p. 80 *apud* SILVA, JOSÉ AFONSO DA, “Curso de Direito Constitucional Positivo.” 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 810.

Os direitos sociais surgiram para garantir e dar concretização social às liberdades, e não para as marginalizar ou substituir. Neste passo, a escola privada não é livre enquanto os direitos sociais não lhe derem condições efetivas de liberdade, como ocorre com todas as liberdades. Assim, por que não podem as escolas privadas integrar-se ao serviço público de prestação do direito social à educação?⁽⁵⁴⁾

Os serviços públicos que satisfazem os direitos sociais previstos nas Constituições Portuguesa e Brasileira não têm necessariamente de ser prestados exclusiva e diretamente pela Administração Pública, como estabelecem as próprias Constituições.

Esta é, como dito, característica marcante do Estado Pós-Social: a cooperação entre os particulares e o poder público na concretização de direitos sociais constitucionalmente previstos.

E não é porque em Portugal e no Brasil o ensino privado tem carácter complementar e não alternativo, que o serviço prestado pelas entidades privadas perde seu carácter público.

Às liberdades fundamentais de aprender e de ensinar (e à liberdade de escola privada) a Constituição Portuguesa fez corresponder o direito social fundamental à educação e à cultura: “todos têm direito à educação e à cultura” (diz o n.º 1 do Art. 73.º). E para a satisfação deste direito social fundamental, o serviço público correspondente vem logo no n.º 2 do mesmo Art. 73.º: “o Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida colectiva.”

Como assevera Mário Pinto,⁽⁵⁵⁾ esta é uma disposição programática que responsabiliza o Estado, mas que o responsabiliza com o verbo “promover”. E nem por isso constitui uma exceção. Com efeito, todas as normas constitucionais que garantem direitos conjugam estes verbos,

(54) PINTO, MÁRIO FERNANDO DE CAMPOS, “Liberdade de ensino ou Estado educador?” *In* Nova Cidadania, Número 7, Janeiro/Março 2001, pp. 19/20.

(55) PINTO, *op. cit.*, pp. 19/20.

por exemplo, dizendo-se: o Estado garante; promove; apoia; protege; valoriza etc.

Assim, seria inconstitucional —tanto em Portugal como no Brasil— pretender que a Administração Pública monopolizasse, como seria em um sistema de tipo soviético, todas as prestações de serviços destinadas a satisfazer direitos sociais.

Mas, qual é, então, a natureza jurídica das atividades exercidas pelas entidades privadas de ensino?

É no contexto do Estado Pós-Social que se assume, em primeira linha, já não como “prestador” mas como “garante”, pressupondo a existência de uma Administração Pública de “fomento e regulação”, que, inevitavelmente, coloca-se a questão sob análise neste trabalho.⁽⁵⁶⁾

Maria João Estorninho lembra que a prestação do serviço de educação é uma das áreas nas quais, ao longo do tempo e com sucessivas renovações, há a colaboração entre os setores público e privado. As fronteiras entre o ensino público e o ensino privado parecem estar ultrapassadas e caminham na direção de conceber a tarefa de ensino como “atividade de serviço público”, passível de ser realizada indistintamente por entidades públicas e privadas. A atividade de ensino realizada por entidades públicas e privadas pode sujeitar-se a um regime jurídico tendencialmente homogêneo, sob o amparo da concepção funcional de serviço público.⁽⁵⁷⁾

Na década de sessenta, o aparecimento destas novas concepções sobre a colaboração de entidades privadas na seara educativa deu-se em nome da liberdade de ensino e do pluralismo. Já nos anos oitenta e noventa, a cooperação de instituições privadas na área educativa ocorreu em nome das preocupações de eficácia, de contenção da despesa pública e da introdução de mecanismos de concorrência, subjacentes às reformas administrativas na Europa Ocidental.⁽⁵⁸⁾

Maria João Estorninho ressalta que, não por acaso, são os estabelecimentos de ensino que o legislador qualifica como “públicos, privados ou coo-

(56) ESTORNINHO, MARIA JOÃO, “Natureza jurídica da actividade desenvolvida pelos estabelecimentos particulares de ensino, à luz de uma concepção funcional de serviço público de educação.” *In Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*. V. III. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. p. 88.

(57) ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *op. cit.*, p. 88.

(58) ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *op. cit.*, p. 92.

perativos” e não a tarefa de ensino em si mesma, a qual, na lógica subjacente a estas opções, é considerada como homogênea e única, ainda que executada por entidades de ensino de natureza privada. Mesmo quando prestada por estabelecimentos privados, a atividade em causa tem caráter expressamente público.⁽⁵⁹⁾

Estorninho identifica três tipos de tarefas realizadas pelo Estado no exercício da atividade de ensino: tarefas de incentivo e apoio, consoante a lógica da “Administração garante e de fomento”; tarefas de prestação do ensino em si, por meio de escolas públicas integradas na administração do Estado (o que implica reconhecer que se trata de uma área na qual o Estado atua também como “prestador” e não apenas como “garante”); tarefas de regulamentação e fiscalização, conforme a linha da “Administração reguladora”, tanto no que se refere às entidades públicas, quanto às entidades privadas que se encarreguem de tais atividades de ensino.⁽⁶⁰⁾

Nesta linha, o Estado assume-se como “garante”, por exemplo, ao criar cursos; direcionar recursos financeiros e, como será tratado adiante, conceder benefícios fiscais às entidades prestadoras do serviço de ensino.

Ao atuar como “regulador”, o Estado reconhece e avalia instituições e cursos; emite certificados; atribui competências a determinadas entidades; determina o estabelecimento de currículos básicos e disciplinas comuns e obrigatórias; cria metas e planos.

Um bom exemplo da função reguladora do Estado na atividade de ensino, no caso brasileiro, é a Lei n.º 9.394/96 —Lei de Diretrizes e Bases da Educação— que, em seu artigo 87, parágrafo 1.º, instituiu a “Década da Educação”, determinando a criação de um Plano Nacional de Educação com diretrizes e metas para os anos subsequentes à publicação da referida lei.⁽⁶¹⁾

Sob o ponto de vista de uma Administração Pública que atua como “garante e de fomento”, “prestadora” e também “reguladora”, sendo o ensino uma tarefa de interesse público considerada prioritária, pode ser re-

(59) ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *op. cit.*, pp. 93/94.

(60) ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *op. cit.*, p. 94.

(61) Art. 87. É instituída a Década da Educação, a iniciar-se um ano a partir da publicação desta Lei.

§1º A União, no prazo de um ano a partir da publicação desta Lei, encaminhará, ao Congresso Nacional, o Plano Nacional de Educação, com diretrizes e metas para os dez anos seguintes, em sintonia com a Declaração Mundial sobre Educação para Todos.

alizada por entidades públicas ou privadas, com a assunção, pelo Estado, das tarefas de apoio, fiscalização, ou mesmo realização.⁽⁶²⁾

Assim, um estabelecimento privado de ensino, ao exercer atividade cuja finalidade é de interesse público, pode, em determinadas áreas, praticar atos de natureza indubitavelmente pública.⁽⁶³⁾

Tanto é que, a título de exemplo, o Reitor de uma Universidade privada, no Brasil, pode ser considerado como “autoridade coatora” para efeitos de propositura de Mandado de Segurança, “remédio constitucional” apto a amparar direito líquido e certo desrespeitado por autoridade, normalmente agente público.

Assim, amplia-se o âmbito de aplicação do Direito Administrativo, ultrapassando-se as fronteiras tradicionais entre a Administração Pública e os particulares e aplicando-se o Direito Administrativo a todos que desempenhem certas funções,⁽⁶⁴⁾ em cooperação ou mesmo em substituição ao Poder público.⁽⁶⁵⁾

A concepção funcional da Administração Pública, como “garante e de fomento”, “prestadora” e “reguladora”, é, sem dúvida, a definição mais adequada ao paradigma do Estado Pós-Providência, em que a cooperação entre público e privado visa o interesse público e a eficiência, ao contrário da abstenção estatal característica do liberalismo e do excessivo controle socialista.

7. O Estado e o poder de tributar

Dentre as diversas noções de Estado, podemos extrair a de uma entidade dotada de força superior bastante, com vistas à elaboração de regras de conduta e à construção do direito positivo, podendo, tal entidade, apresen-

(62) ESTORNINHO, MARIA JOÃO, op. cit., p. 94.

(63) ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *ibid.*, p. 95.

(64) ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *ibid.*

(65) Em sentido contrário, Pedro Gonçalves entende que, como o Estado tem responsabilidade em todo o sistema de ensino, não há qualquer homogeneização entre o ensino público e o ensino privado. Segundo o autor: “As escolas privadas atuam no setor privado, no exercício de atividades privadas. Seu campo de ação é a sociedade e são os direitos fundamentais. Quer no ensino, quer na concessão de títulos e graus oficiais, as escolas privadas prestam um “serviço privado” (não um “serviço público”); não atuam em colaboração com o Estado, nem constituem uma espécie de “Administração indireta do Estado”.

tar-se como governo descentralizado, em unidades autônomas, erigindo-se em Estado Federal, como é o Brasil, ou em Estado Unitário, como é Portugal. Certo é, porém, que qualquer concepção de Estado que se adote, inegavelmente haverá de desenvolver atividade financeira.

O Estado, para alcançar seus objetivos, precisa de recursos financeiros e desenvolve atividade para obter, gerir e aplicar tais recursos. Isto não significa que não possa atuar no campo econômico. E atua, com maior ou menor intensidade, ora explorando patrimônio seu, com o fim de lucrar, ora intervindo no setor privado da economia, na defesa da coletividade. De qualquer forma, pelo menos, em princípio, o Estado não prescinde de recursos financeiros que arrecada do setor privado, no exercício de sua soberania.⁽⁶⁶⁾

Tem-se, portanto, a tributação como instrumento de sobrevivência do Estado, sem a qual este não realizaria seus fins sociais, sob pena de incidir em monopolização de toda a atividade econômica. E, nesse contexto, o tributo apresenta-se como **“a grande e talvez única arma contra a estatização da economia”**.⁽⁶⁷⁾

Ao Estado, assim concebido como entidade soberana, e no exercício dessa soberania, é dado exigir que os indivíduos forneçam-lhe os recursos de que necessita, daí ser-lhe conferido o poder de instituir tributos, poder esse que se constitui em um aspecto da soberania estatal.

Poder tributário é, portanto, o dever fundamental de pagar tributos.

Todavia, é importante que não se veja a relação de tributação como, simplesmente, uma relação de poder, mas, também, como relação jurídica, decorrente da soberania estatal.

Por certo, à relação tributária deve ser associada a ideia de liberdade, cooperação e consentimento, que informa, nos dias atuais, a própria concepção do Estado.

Neste sentido, o poder de tributar é justificado conforme a concepção que se adote do próprio Estado. A ideia mais generalizada parece ser a de que os indivíduos, por seus representantes, consentem na instituição

(66) MACHADO, HUGO DE BRITO, “Curso de Direito Tributário.” 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 51.

(67) MACHADO, HUGO DE BRITO, *op. cit.*, p. 52.

do tributo, como de resto na elaboração de todas as regras jurídicas que regem a nação.⁽⁶⁸⁾

7.1. Imunidade tributária das instituições de ensino (Brasil)

Sabe-se que a cada uma das pessoas de direito público — União, Estados, Distrito Federal e Municípios— atribui-se competência tributária, assim entendida como uma parcela do poder tributário, porém, não é absoluto seu exercício, de forma que o Direito culmina impondo limitações a essa competência tributária, quer seja no interesse do cidadão ou da comunidade, quer seja no interesse do relacionamento entre as próprias pessoas jurídicas então titulares da competência tributária.

Essas limitações de competência vêm a ser entendidas, pela maioria da doutrina, como limitações ao poder de tributar, expressão tida como mais correta, já que, delas, efetivamente, resulta a competência.

Em sentido amplo, é possível entender como limitação ao poder de tributar toda e qualquer restrição imposta pelo sistema jurídico às entidades dotadas desse poder. Aliás, toda atribuição de competência implica necessariamente limitação. A descrição da competência atribuída, seu desenho, estabelece os seus limites. Em sentido restrito, entende-se como limitações do poder de tributar o conjunto de regras estabelecidas pela Constituição Federal, em seus artigos 150 e 151, nas quais residem princípios fundamentais do Direito Constitucional Tributário.⁽⁶⁹⁾

São esses princípios: legalidade, pelo qual se tem a garantia de que nenhum tributo será instituído, nem aumentado, senão através de lei, assim insculpido no artigo 150, inciso I, da Constituição da República; anterioridade, que tem por escopo impedir a cobrança de tributos “no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”, assim consubstanciado no artigo 150, inciso III, alínea “b”, da Constituição da República, importando aqui destacar que tal princípio comporta exceções, assim expressamente previstas na própria Constituição Brasileira.

Seguem-se, ainda, o princípio da igualdade, projeção do princípio geral da isonomia jurídica, pelo qual todos são iguais perante a lei, apresentan-

(68) MACHADO, HUGO DE BRITO, *op. cit.*, p. 53.

(69) MACHADO, HUGO DE BRITO, *op. cit.*, p. 286.

do-se como garantia de tratamento uniforme, pela entidade tributante, a todos que se encontrem em iguais condições; o princípio da competência, que restringe para a entidade tributante sua atividade tributária à matéria que lhe foi constitucionalmente destinada, tratando-se de poder impositivo, juridicamente delimitado e, por vezes, dividido; o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual "os tributos serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte", artigo 145, §1º da Constituição; o princípio da vedação de confisco, que veda à União, aos Estados e aos Municípios a utilização de tributo com efeito confiscatório; o princípio da liberdade de tráfego, assim inculcado no artigo 150, inciso V, da Constituição, e segundo o qual, é vedado às entidades tributantes o estabelecimento de limitações ao tráfego de pessoas ou bens por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais; e temos, finalmente, o que mais nos interessa, o princípio das imunidades, assim entendidas como obstáculos decorrentes de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação, e que vem inserido no artigo 150, inciso VI, da Constituição Brasileira.

Como já apontado, as pessoas políticas são dotadas de competência tributária, que vem a ser a faculdade de criar, em abstrato, tributos, e, para tanto, devem pormenorizar, legislativamente, suas hipóteses de incidência, seus sujeitos ativos, seus sujeitos passivos, suas bases de cálculo e suas alíquotas.

Também já asseveramos que a competência tributária tem suas fronteiras traçadas pela Constituição da República, que cuidou de apontar, direta ou indiretamente, as regras matrizes dos tributos, assim é que a imunidade tributária ajuda a delimitar o campo tributário, pois suas regras também demarcam (no sentido negativo), as competências tributárias das pessoas políticas.

Roque Antônio Carrazza leciona que a imunidade tributária é um fenômeno de natureza constitucional. As normas constitucionais que, direta ou indiretamente, tratam do assunto, fixam, por assim dizer, a incompetência das entidades tributantes para onerar, com exações, certas entidades, seja em função de sua natureza jurídica, seja porque coligadas a determinados fatos, bens ou situações.⁽⁷⁰⁾

(70) CARRAZZA, ROQUE ANTONIO, "Curso de Direito Constitucional Tributário." 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 658.

Com efeito, a imunidade tributária atinge o ente que, por sua natureza, pela atividade que desempenha ou por se mostrar relacionado a determinados fatos, bens ou situações prestigiadas pela Carta Magna, encontra-se fora do alcance da entidade tributante. Esta, em função da regra constitucional imunizante, é incompetente para tributá-lo, valendo lembrar que as normas imunizantes têm eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Interessa-nos, no caso, como limitações ao poder de tributar, apontar a imunidade tributária prevista no artigo 150, inciso VI, da Constituição da República, que dispõe, *in verbis*:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...) VI – instituir impostos sobre:

- a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
- b) templos de qualquer culto;
- c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;
- d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão".

Da dicção do texto supra, pode-se inferir que, para a obtenção do benefício da imunidade tributária pelas entidades arroladas na alínea "c", estas deverão atender aos requisitos assim previstos em lei, a saber, lei de natureza complementar, *in casu*, o Código Tributário Nacional, notadamente, em seu artigo 14, que, referindo-se ao artigo 9º (o qual faz repetir, em essência, o disposto na Constituição da República) prescreve:

"Art. 14. O disposto na alínea c, do inciso IV do art.9º é subordinado á observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

- I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no seu resultado;

II – aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão".

O ordenamento jurídico brasileiro sempre amparou as instituições de educação e assistência social pelo elo que estas estabeleciam com a religião. Mas, somente com a Constituição de 1946 a imunidade tributária de tais entidades passou a ser prevista em regra própria.

A imunidade das instituições de educação e assistência social protege-as da incidência dos impostos sobre sua renda, patrimônio e serviços, quer sejam as instituições contribuintes de direito ou de fato.

A imunidade em tela visa preservar o patrimônio, os serviços e as rendas das instituições de educação e de assistência social porque seus fins são elevados, nobres, e emparelham-se com as finalidades e deveres do próprio Estado: proteção e assistência social, promoção da cultura e incremento da educação lato sensu.

A regra imunitória é *not self enforcing* ou *not self executive*, já que o dispositivo constitucional condiciona o gozo da imunidade à observância dos requisitos fixados em lei complementar, acima transcritos.

O Professor Sacha Calmon Navarro Coêlho assevera que a imunidade em tela não pode ficar à mercê de dificuldades de mensuração de atividade assistencial ou educacional, nem se pretendeu jamais que as instituições atendessem a todos, mas a alguns. Jamais seria possível atender a todos. Seria utópico. Nem se pretendeu, tampouco se lhes exigiu gratuidade em tal mister. De onde viriam então as receitas, as rendas cuja distribuição o Código Tributário Nacional veda como pressuposto da imunidade? Como o Brasil ainda é, infelizmente, carente de assistência social, educação e cultura, o gigantesco aparato governamental voltado às funções assistencial e educacional, ainda que dotado de respeitável orçamento, não cumpre suas finalidades a contento.⁽⁷¹⁾

O ideal para que a regra imunitória seja aplicada consoante a concepção do Estado Pós-Social é precisamente a proliferação de associações,

(71) COELHO, SACHA CALMON NAVARRO, "Curso de Direito Tributário Brasileiro." 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. pp. 273/274.

fundações, pessoas civis que se ocupem “institucionalmente” dos papéis assistencial, cultural e educacional.

Navarro Coêlho ressalta que o *animus lucrandi* é explicitamente admitido na Lei Complementar tributária. No campo das instituições de educação, especificamente, é a cobrança pelos serviços que prestam. O que o Código Tributário Nacional veda é tão-somente a apropriação particular do lucro. Este há de ser reinvestido no *munus* educacional: melhor remuneração para professores; melhores condições ambientais; laboratórios; bibliotecas; centros de pesquisa; cursos de aperfeiçoamento para docentes; incrementos metodológicos etc. A disposição do Código Tributário Nacional é salutar. Quanto mais se faça pela educação, melhor.⁽⁷²⁾

A filantropia é cara, e a caridade pouca. A ideia de permitir o lucro e de obrigar sua reinversão no *munus* educacional ou assistencial enquanto condição para o privilégio da imunidade é o verdadeiro “motor do instituto”, tornando-o útil e eficaz. A ampliação do campo de abrangência, da atuação das instituições, a seu turno, tem sido a grande, a inestimável contribuição do Supremo Tribunal Federal à operacionalidade da imunidade das instituições. Decidindo assim, o Supremo Tribunal Federal tem propiciado o surgimento de centenas de instituições a servir microcomunidades, em verdadeiro somatório de esforços visando a fim público inquestionável: a melhoria incessante dos níveis de educação, cultura e proteção assistencial do sofrido povo brasileiro. E assim, como afirma Navarro Coêlho, “o que não passaria de uma outorga constitucional inédita e excepcional, sem correspondência noutras latitudes onde habitam sociedades mais cultas, passa a ser uma solução jurídica genuinamente brasileira para problemas que inexistem noutras latitudes, pelo menos com a intensidade e a dramaticidade com que se dão entre nós”.⁽⁷³⁾

Nesta linha decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"IMUNIDADE TRIBUTARIA DOS ESTABELECIMENTOS DE
EDUCAÇÃO. NÃO A PERDEM AS INSTITUIÇÕES DE EN-
SINO PELA REMUNERAÇÃO DE SEUS SERVIÇOS, DESDE
QUE OBSERVEM OS PRESSUPOSTOS DOS INCISOS I, II E
III DO ART-14 DO CTN. NA EXPRESSAO "INSTITUIÇÕES
DE EDUCAÇÃO" SE INCLUEM OS ESTABELECIMENTOS

(72) COELHO, *op. cit.*, p. 274.

(73) COELHO, *op. cit.*, p. 275.

DE ENSINO, QUE NÃO PROPORCIONEM PORCENTAGENS, PARTICIPAÇÃO EM LUCROS OU COMISSÕES A DIRETORES E ADMINISTRADORES. RE NÃO CONHECIDO. (RE 93463/RJ; Relator Ministro Cordeiro Guerra; DJ 14.05.82).

Imunidade tributária. Instituições de educação. - Esta Primeira Turma, ao julgar recentemente o RE 308.449 que versava hipótese análoga à presente e em que era recorrida a ora recorrida neste recurso extraordinário, assim decidiu: 'Imunidade tributária do patrimônio das instituições de educação sem fins lucrativos (CF, art. 150, VI, 'c'): sua aplicabilidade de modo a preexcluir a incidência do IPTU sobre imóvel de propriedade da entidade imune, destinado a estacionamento gratuito de estudantes: precedentes'. E igualmente, também em hipótese análoga à presente e em que também a recorrida era a ora recorrida, o Ministro Carlos Velloso, da 2ª Turma deste Tribunal, negou seguimento ao RE 308.447, invocando precedentes (os RREE 221.395, 237.718 e 307.868), tendo em vista que 'os imóveis da instituição não estão desvinculados das atividades essenciais da instituição de educação, porque são utilizados como estacionamento para os alunos'. Desse entendimento não dissentiu o acórdão recorrido. Recurso Extraordinário não conhecido. (RE 308448/DF; Relator Ministro Moreira Alves; DJ 02.05.03)".

Conclui-se então que relevante corrente doutrinária e jurisprudencial defende a largueza do conceito das instituições amparadas pelos auspícios da imunidade tributária, bem como a desnecessidade de gratuidade e a possibilidade de aferição de lucros dos serviços prestados por tais entes.

Esta opinião, assentada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, garante a imunidade prevista pelo legislador sem amarras e restrições, salvo àquelas previstas no artigo 14 do Código Tributário Nacional.

A abertura do Estado em um dos campos que mais traduzem seu poder —o poder de instituir e cobrar impostos— demonstra característica do Estado Pós-Social, ao permitir que entidades privadas que exerçam tarefas de interesse público sejam constitucionalmente amparadas por

uma das limitações constitucionais ao poder de tributar: a imunidade tributária.

7.2. Benefícios fiscais destinados às instituições particulares de ensino (Portugal)

Em Portugal não há, como ocorre no Brasil, regra constitucional que desonere as entidades privadas de ensino do pagamento de impostos.

Contudo, há diversos benefícios fiscais previstos em leis, cujos processos de reconhecimento encontram-se previstos no Código de Procedimento e de Processo Tributário.⁽⁷⁴⁾

Como exemplo, citam-se os seguintes benefícios, aplicáveis às entidades privadas de ensino:

- a. Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas: EBF (Decreto-Lei no 215/89, de 1º de Julho), Artigo 54º do EBF (O art. 54º do EBF prevê a redução de taxa (20%) aplicada ao ensino particular, salvo se lhes for reconhecida isenção de IRC conferida pelo art. 10º do CIRC, ex vi o artigo 7º do Decreto-Lei no 553/80, de 21 de Novembro)
- b. Imposto Municipal sobre os Imóveis: EBF (Decreto-Lei no 215/89), Artigo 40º, no 1, alínea b
- c. Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Bens Imóveis: Universidade Católica (Decreto-Lei no 307/71, de 15 de Julho) e Ensino Superior (Lei 54/90, de 5 de Setembro)

Assim, inobstante a diferença de amplitude entre as imunidades tributárias presentes na Constituição Brasileira e os benefícios fiscais previstos na legislação portuguesa, também em Portugal pode-se interpretar a desoneração de entidades privadas de educação como uma forma de apoio da “Administração garante e de fomento”, a caracterizar a cooperação entre o Poder público e os particulares, intrínseca ao Estado Pós-Social.

(74) Artigo 65º - Reconhecimento dos benefícios fiscais

1. Salvo disposição em contrário e sem prejuízo dos direitos resultantes da informação vinculativa a que se refere o no 1 do artigo 57º, o reconhecimento dos benefícios fiscais depende da iniciativa dos interessados, mediante requerimento dirigido especificamente a esse fim, o cálculo, quando obrigatório, do benefício requerido e a prova da verificação dos pressupostos do reconhecimento nos termos da lei.

2. Os pedidos de reconhecimento serão apresentados nos serviços competentes para a liquidação do tributo a que se refere benefício e serão instruídos de acordo com as normas legais que concedam os benefícios.

8. Conclusões

A vida democrática supõe, exige, respeita e até deseja o pluralismo e a liberdade. É necessário, portanto, que os cidadãos reúnam-se e discutam seus problemas, procurando fórmulas capazes e viáveis de resolvê-los, enriquecendo a convivência e acrescentando à sociedade novas instituições.

Nesta concepção de Estado, que atua conjuntamente com a sociedade, este deve facilitar a integração das esferas pública e privada, evitando legislações complexas que acabam por inviabilizar os movimentos espontâneos da sociedade na busca de soluções para as questões de interesse público, bem como reduzindo, tanto quanto possível, a burocracia e a tributação das atividades particulares, de sorte a fomentar, ainda que indiretamente, a iniciativa privada.

Ao eleger as instituições de ensino como destinatárias da imunidade tributária e dos benefícios fiscais, o legislador demonstrou abertura em um dos mais incontestáveis campos do poder estatal: o poder tributário.

Assim, a imunidade tributária e os benefícios fiscais tratados neste trabalho perfazem importante manifestação do modelo de Estado Pós-Social, por revelar abertura estatal à participação de instituições privadas cuja finalidade compõe o rol das garantias indispensáveis à sobrevivência humana digna, por meio de prestações que seriam, em princípio, prestadas pelo Estado.

Conclui-se, portanto, que a referida cooperação estatal na área tributária reflete a adoção de um modelo funcional de Administração Pública, ao considerar que as instituições que prestam serviços de ensino —sejam públicas ou privadas— têm caráter público na medida em que realizam um dos fins do Estado e garantem a prestação de um direito social constitucionalmente assegurado.



Falacia naturalista y falacia intuicionista

ERVAR G. DE BENEDETTO⁽¹⁾



Palabras clave: falacia naturalista, falacia valuatoria, intuicionistas, definistas, ser/deber ser.

1. Idea de falacia

Se ha hablado mucho acerca del concepto de las falacias. Pero un acercamiento conceptual nos permite explicar que una falacia, en principio, es un error en el razonamiento.

Irving Copi, distingue desde el ámbito de la lógica, dieciocho falacias no formales, entre las cuales distingue las de atinencia y las de ambigüedad. Por su parte, desde el ámbito de la ética, el **Sr. George Edward Moore** nos habló de la falacia naturalista. Y a ella nos referiremos de aquí en más.

2. La falacia naturalista

El profesor Moore, acuñó el término “falacia naturalista” en sus polémicas contra los naturalistas y los sistemas metafísicos de la ética.

Según este autor, la “falacia naturalista” es una falacia y no debe incurrirse en ella. Sin embargo, “el cometer la falacia naturalista”, ha sido la causa principal de su amplia aceptación por todas las teorías naturalistas.

Moore explica que la mejor manera de librarse de esta falacia es exponerla a la luz, pero no aclara cual es el “status de la falacia naturalista”.

(1) Profesor de Filosofía del Derecho.

Dado que al usarla como arma, se sirve de ella como si fuera una falacia de tipo lógico coincidente con la falacia no formal de composición.

Pero, hay pasajes en la obra de Moore, *Principia Ethica*, donde la falacia naturalista posee un lugar muy diferente en el esquema de los intuicionistas y de ningún modo debería emplearse como arma.

En efecto, no se debe emplear *ab initio* para dirimir la controversia, sino después del análisis del razonamiento que efectúan los naturalistas.

Consideremos los siguientes pasajes de *Principia Ethica*: "La falacia naturalista consiste en la opinión de que bueno no significa nada, sino una noción simple o compleja definible por cualidades naturales".

"El aserto de que el bien es indefinible y que negarlo implica falacia, es una afirmación que puede someterse a prueba en sentido estricto".

Una cuestión para determinar claramente es que **si se comete la falacia naturalista**, debemos identificarla **sólo como conclusión del debate** y no como instrumento para dirimirlo.

Así, la noción de "**falacia naturalista**" ha sido relacionada con la noción de la bifurcación entre el "debe" y el "es", dicho en otras palabras, entre lo normativo y lo descriptivo o entre el valor y el hecho.

Lo expuesto, fue confirmado por **D.C. Williams**, quien expresó que algunos moralistas han pensado que es apropiado incusar como falacia naturalista el intento de derivar "debe" de "es".

Podemos encontrar esta bifurcación en **Hume** en su *Treatise* (Tratado), donde expresa:

"En todo sistema moral que hasta ahora he examinado he advertido siempre que el autor procede durante un lapso de tiempo según la manera ordinaria de razonar, probando la existencia de Dios o haciendo observación sobre las cosas humanas; pero de repente me sorprende hallar que en vez de las cópulas ordinarias de las proposiciones —es o no es— me encuentro con que no aparece proposición que no esté conexas con un 'debe' o un 'no debe'. Este cambio es imperceptible, mas no obstante es de suma importancia hasta el final. Al expresar este debe o no debe algún tipo nuevo de relación o afirmación es preciso que se observe y explique,

a la par que se dé alguna razón de lo que parece del todo inconcebible, a saber, como esta nueva relación puede ser deducida de otras que son por entero diferentes de ella. Pero como de ordinario los autores no hacen uso de esta precaución, me permito advertírselo a los lectores. Estoy convencido que si se parara mientes en este punto nimio, los sistemas de moral corrientes sufrirían de subversión, y veríamos que la diferencia entre vicio y virtud no está fundada exclusivamente en relaciones de objetos ni se percibe por la razón”.

Los intuicionistas vieron la importancia de esta observación de Hume, y están contestes con él en que de acuerdo con lo expuesto, se trastornan todos los sistemas de la moral, aunque niegan que la distinción entre virtud y vicio no se encuentre fundada en relaciones de objetos y que no pueda percibirse por la razón, dado que el intuicionismo es objetivista.

En síntesis, la posición de **Hume** expresa que **las conclusiones éticas (valorativas o de debe) no se pueden inferir válidamente de premisas que son “no-éticas” (naturales o de es).**

Pero los **intuicionistas** apuntan a algo más que lo expuesto, dado que la dificultad antedicha, puede solucionarse introduciendo en el razonamiento moral definiciones de nociones éticas en términos no-éticos.

El punto es que los “valores” no pueden reducirse a “no valores”.

Sin embargo, los intuicionistas sostienen más: lo amarillo y lo placentero, según el Sr. Moore, son indefinibles en términos no-éticos pero son cualidades naturales y pertenecen a la circunscripción del “es” (objetivismo ético).

Además, las propiedades no son, para él, meras cualidades naturales indefinibles descriptivas o cognitivas sino propiedades de tipo diferente: esto es, son propiedades no descriptibles o no naturales.

Esta bifurcación de los intuicionistas contiene tres proposiciones fundamentales:

1. Las proposiciones éticas no se pueden inferir de las no-éticas.
2. Las características éticas no se pueden definir en términos de las no-éticas.
3. Las características éticas son diferentes, en tipo, de las no-éticas.

En realidad, se trata de una proposición fundamental que es la 3., dado que la 3. contiene a la 2., y la 2. contiene a la 1..

3. La falacia naturalista y la bifurcación del debe y el es

Ahora, ¿qué tiene que ver la falacia naturalista con la separación del deber y el ser? Muchos moralistas naturalistas y, principalmente, los de los sistemas metafísicos proceden como si las conclusiones éticas se pudieran inferir de premisas no-éticas.

Si observamos los razonamientos de **J. S. Mill** y **Spencer** claramente violan esta proposición (proposición 1).

A este procedimiento de derivar conclusiones éticas de premisas no-éticas se lo ha denominado la “**falacia valuatoria**” o bien, si se quiere, “**falacia valorativa**”.

Pero, utilizando el mismo método que los intuicionistas, esto es, la pregunta abierta o técnica de la cuestión en pie, podemos interrogarnos: ¿inferir conclusiones éticas de premisas no-éticas es realmente una falacia?

Consideremos el argumento epicúreo sobre el hedonismo: “el placer es bueno, puesto que todos los hombres lo buscan”.

Como vemos aquí, se deriva una conclusión ética de una premisa no-ética, y el argumento tal cual aparece es falaz. Pero no lo es porque ocurra en la conclusión un término ético que no aparece en la premisa. Es falaz porque en todo argumento de la forma A es B, por lo tanto A es C, no es válido formalmente si se lo toma como aparece.

Por ejemplo, no es válido sostener que Pablo es rico porque es opulento. Pero tales argumentos no se proponen para que se tomen tal cual aparecen, dado que son entimemas.

En efecto, estos razonamientos contienen una premisa elidida. Y cuando esta premisa se hace explícita, se convierten en válidos y ya no constituyen una falacia lógica.

Entonces, en la inferencia epicúrea del hedonismo psicológico al ético es válida cuando se explicita la premisa suprimida, de manera que resulta que lo que todos los hombres buscan es el bien. Entonces, lo único que queda lógicamente por resolver es si las premisas son verdaderas.

Por lo expuesto, queda claro entonces que la “falacia naturalista” no es una falacia de tipo lógico, porque puede aparecer aun cuando el argumento o razonamiento sea válido.

Entonces, ¿cómo se inmiscuye la falacia naturalista en tales argumentos éticos mixtos? Esto depende del tipo de la premisa elidida. Si ella es ética o de deber, no existirá falacia naturalista, porque va de suyo que la conclusión será ética.

Pero, si la premisa oculta que se explicita es una definición o una proposición que es verdadera por definición, entonces al argumento, sin dejar de ser válido, contiene la falacia naturalista y será de este tipo:

- a. Todos los hombres buscan el placer.
- b. Lo que todos los hombres buscan es el bien (por definición).
- c. Por lo tanto, el placer es bueno.

Para resolver la cuestión es necesario saber si b. y c. se toman como proposiciones éticas o no.

Moore se rehúsa a considerarlas éticas dado que expresa que la premisa b. es analítica o tautológica y c. es una conclusión psicológica.

Pero, decir que la premisa b. —como hace Moore— es analítica y no-ética, es prejuzgar la cuestión de si se puede definir “el bien”.

Contrariamente, los epicúreos sostendrían que b. es ética pero analítica y que c. es ética aunque psicológica. Así que, a menos que se quiera convertir en *petitioquaestionis* la definibilidad de la bondad, habrá de considerarse a las proposiciones b. y c. como éticas, sin que el argumento utilizado viole el principio 1., es decir, que las proposiciones éticas no pueden derivarse de las no-éticas. Y aunque una premisa fuera ética y otra no ética, el razonamiento sería válido, dado que obedecería a los cánones de la lógica.

Respecto de esta lógica, que se ha denominado valorativa o valoratoria, la regla básica es que no cabe deducir una conclusión valoratoria o valorativa (normativa) de premisas no valorativas (descriptivas); pero si hay una premisa valorativa o de deber, la conclusión es de deber (y dentro de cánones lógicos).

Sin embargo, Moore insiste en que el argumento epicúreo comete falacia naturalista por la presencia de la premisa b.. Donde dicha premisa implica la identificación de la bondad con la expresión “todos los hombres buscan”, pero justamente realizar esta identificación es cometer la “falacia naturalista”.

Por lo tanto, la falacia naturalista no es el procedimiento de violar el principio 1., sino que es el procedimiento en muchos argumentos éticos mixtos

(normativos y descriptivos) de definir características tales como la bondad o de sustituir alguna otra característica por ellas.

Expresa **Moore** en su *Principia Ethica*:

“Han sido demasiado los filósofos que han pensado que cuando citaron esas otras propiedades (propias de todas las cosas que son buenas) realmente estaban definiendo el bien; o sea, que esas propiedades, de hecho no eran simplemente otras, sino absoluta y enteramente lo mismo que la bondad. A esta manera de ver las cosas propongo se la denomine 'falacia naturalista'”.

Así pues, he apropiado el nombre de Naturalismo a un método particular de enfocar la ética. Tal método consiste en sustituir alguna propiedad de un objeto natural o de un conjunto de objetos naturales para que haga las veces de “bueno”.

La falacia naturalista es aquella que consiste en identificar la noción simple que indicamos por “bueno” con otra noción.

La pregunta que se impone es ¿porqué identificar bueno y deseado implica cometer la falacia naturalista y porqué tal procedimiento resulta ser erróneo?

Moore continúa diciendo en *Principia Ethica*:

“Si alguien quisiera definirnos lo que es el placer como si se tratara de cualquier objeto natural; si alguien dijera por ejemplo, que placer significa la sensación de rojo (...) Bien, entonces se trataría de la misma falacia que he llamado falacia naturalista (...) No debería llamarla falacia naturalista en realidad, aunque se trate de la misma falacia que he llamado naturalista con referencia a la ética (...) Cuando alguien confunde dos objetos naturales entre sí y define el uno por el otro (...) entonces no existe razón para llamar a tal falacia naturalista. Pero si confunde 'bueno' que no es un objeto natural, con otro objeto natural cualquiera, entonces hay razón en denominar a esto falacia naturalista”.

En este punto, el Sr. Moore debió haber añadido que cuando alguien confunde bueno que no es ni un objeto, ni una cualidad metafísica, con cualquier cualidad u objeto metafísico, entonces esa falacia debería llevar el nombre de “falacia metafísica”.

Pero, la llama naturalista también en este último caso, aunque reconoce que se trata de un supuesto diferente, dado que las propiedades metafísicas son no-naturales.

Por lo tanto, se ve con los pasajes transcritos que aquello que Moore denomina falacia naturalista, no se debe al hecho de que se aplique a “bueno” o se aplique a una característica ética o a una característica no-natural.

Cuando, por ejemplo, el Sr. R. B. Perry define “bueno” como un objeto de interés, el problema no está en que define bueno, ni en que define una característica ética en términos no-éticos, ni en que considera una característica no-natural como si fuera natural. Sino en que identifica o confunde dos propiedades al definir una propiedad por otra o sustituir una propiedad por otra.

4. La falacia definista como género entre las especies naturalista y metafísica

A este procedimiento lo llamaré la **falacia definista**, como si fuera una falacia subyacente en la falacia naturalista y en la falacia metafísica, dado los pasajes transcritos de Moore.

En síntesis existe esta falacia definista cuando esas dos propiedades distintas al conceptualizar o definir se tratan como si fueran una misma. No importa entonces que una de ellas fuera natural (o no-ética) y la otra ética (o no-ética).

Porque se puede cometer la **falacia definista** sin incurrir en la bifurcación de lo ético y lo no-ético, como cuando se identifica el placer y lo rojo o lo correcto y lo bueno. Incluso cuando se incurre en esa bifurcación al cometer la falacia definista, como cuando se identifica lo bueno con lo placentero o con la satisfacción entonces el error no está en que se incurre en la bifurcación sino en que las dos propiedades se tratan cual si fueran una.

Por ello, la falacia definista no consiste (en ninguna de sus dos formas) en violar 3. y no tiene conexión alguna con la bifurcación entre el “debe” y el “es”.

Esta formulación de la falacia definista explica el tema de *Principia Ethica* tomado del **Obispo Butler**: “todo es lo que es y no otra cosa”. Se sigue de ello que la bondad es lo que es y no otra cosa. Por ello, los puntos de

vista que intentan identificar la bondad con algo más cometen un error que consiste en confundir o identificar dos propiedades.

Pero la pregunta es: ¿cometen este error quienes definen las nociones éticas en términos no-éticos?

Replicarán a Moore diciendo que no identifica dos propiedades. Y expresarán que dos palabras o dos expresiones significan la misma propiedad. Y Moore, entonces, fue desorientado por esta forma de expresarse materialmente (como la llama Carnap en frases como “la bondad es placer”).

Pero cuando alguien dice: “la palabra bueno y la palabra placentero significan la misma cosa” se ve claro que no se están identificando dos cosas (como bueno y placentero). Pero Moore no logró ver esto, al negar que se interesara en proposición alguna acerca del uso de las palabras.

Entonces la “falacia definista” tal como se la ha planteado, no excluye ninguna definición naturalista o metafísica de los términos éticos.

La bondad no se puede identificar con ninguna otra característica (si es que es alguna característica). Pero el problema es éste: ¿qué características hay distintivas de la bondad? Es una cuestión de principio decir, por ejemplo, que Sir R. B. Perry identifica la bondad con alguna otra cosa.

Lo importante es que la bondad es lo que es, aunque sea definible y, por lo tanto, R. B. Perry puede tomar otra frase del obispo Butler que dice: “Las cosas y las acciones son lo que son y sus consecuencias serán lo que serán ¿para qué desear que se nos engañe?”.

El lema de la obra de Moore, *Principia Ethica*, es entonces una tautología y puede explicarse de la siguiente manera: cada cosa es lo que es y no otra cosa, a menos que sea otra cosa, pero aun entonces es lo que es.

Por otro lado, si el lema de Moore o la falacia definista excluye todas las definiciones, por ejemplo, la de bueno, **dado que lo considera indefinible o inanalizable, entonces excluye la definición de cualquier término.** Pero, Moore nos dice que cada término significa lo que significa y no lo que viene significado por otro término y entiende así su lema. Porque Moore procede como si “bueno” no tuviera significado alguno, como si no tuviera significado único alguno.

Y si se toma el lema de esta manera: se seguirá que “bueno” es un término indefinible, pues según lo explicado, no se pueden encontrar sinó-

nimos. Pero, se seguirá también que no hay término que sea definible y entonces el método de análisis es totalmente inútil.

Quizá hayamos malinterpretado la falacia definista y algunos de los pasajes citados de *Principia Ethica* parecen vislumbrar que la falacia naturalista es simplemente el error de definir una característica indefinible.

Según esta interpretación una vez más la falacia definista en todas sus formas, no tiene conexión especial con la bifurcación de lo ético y de lo no-ético.

Mostramos entonces, que se puede cometer la falacia definista sin violar esa bifurcación como cuando se define el placer en términos de rojo, o la bondad en términos de correcto.

Pero, incluso cuando se incurre en la bifurcación y se define la bondad en términos de deseo, el error no está en que se incurre en la escisión al violar la conclusión 3. sino, como se dijo, en que se está definiendo una característica indefinible.

Esto es posible porque la proposición que expresa que la bondad es indefinible es independiente en forma lógica de la proposición que expresa que la bondad es no-natural, como se muestra por el hecho de que una característica puede ser indefinible y con todo ser natural como pasa con lo amarillo o no-natural y no obstante definible, como sucede con el concepto de correcto (si se aceptan los puntos de vista de Moore sobre lo amarillo y lo correcto).

Resumiendo, **consideramos la falacia definista como un error al definir una cualidad indefinible.** Pero de nuevo, la pregunta es: **¿qué cualidades son indefinibles?** Es una cuestión de principio para el intuicionismo decir de antemano que la cualidad "bondad" es indefinible y que, por lo tanto, todos los naturalistas cometen esa falacia.

Entonces, para el intuicionismo, previamente se tiene que saber que "bueno" es indefinible, si se quiere saber si la falacia "definista" (como forma de la "falacia naturalista") es una falacia. Y la definista no podrá usarse como argumento en la controversia sino aparecer sólo al final de la misma. Podría plantearse la argumentación de una manera que abarque la **bifurcación entre el "debe" y el "es"**.

Entonces, la cometería cualquier persona que diera una definición de cualquier característica ética en términos de características no éticas. Esto

implica que el inconveniente de esta definición sería que **se reduciría una característica ética a otra no-ética y una no-natural a otra natural. Es decir, se excluiría la definición por este salto lógico o pasaje de lo ético a lo no-ético.**

Pero, según esta manera de argumentar, existe también el peligro de la **petición de principio** en el intuicionismo.

En efecto, suponer que la característica ética es exclusivamente ética, es sin más **pedir la cuestión de lo que se va a discutir cuando se brinda la definición.** Así de nuevo, se tiene que saber de antemano que la característica es no-natural e indefinible en términos naturales para poder afirmar que los definistas están cometiendo un error.

Los argumentos de los intuicionistas como Moore, Mc Taggart y otros, formulan la falacia naturalista expresando que los definistas **confunden una proposición sintética universal acerca del bien con "la" definición de "bondad"**. Abraham llamó a este error "falacia de la proposición mal construida". Pero se vuelve a la petición de principio, dado que para los intuicionistas es una *petitio* decir que aquellos que los definistas están tomando como definición, en realidad es una proposición sintética universal.

Al final, la cuestión es clara entre intuicionistas y definistas (sean éstos últimos naturalistas o metafísicos). **Todos los definistas sostienen que ciertas proposiciones que contienen términos éticos, son analíticas, tautológicas o verdaderas por definición.** Por ejemplo, Sir Ralph Barton Perry considera que "todos los objetos de deseo son buenos". En cambio, los intuicionistas sostienen que tales proposiciones son sintéticas.

Lo que subyace en esta discrepancia es que los intuicionistas proclaman tener al menos una oscura conciencia de una cualidad simple o única o relación de la bondad o de lo correcto que aparecen en la región que indican borrosamente nuestros términos éticos.

Mientras que los definistas alegan no poseer conciencia en absoluto de ninguna de esas cualidades y relaciones que pertenezcan al mismo contexto aunque se designen por palabras diferentes de "bueno" y "correcto" y sus sinónimos.

Los definistas sostienen que sólo encuentran una característica, donde los intuicionistas dicen encontrar dos; por ejemplo, Perry alega sólo encontrar la propiedad de ser deseado donde Moore ve esa propiedad y además, la de ser bueno. Se trata entonces, de **algo que hace referencia a**

la inspección o intuición y versa sobre la conciencia o discernimiento de cualidades o relaciones. Por eso, no es posible decidir la cuestión sirviéndose de la noción de falacia.

Si tomamos la palabra de los **definistas**, en realidad no están confundiendo dos características entre sí, ni definen una característica indefinible, ni confunden definiciones y proposiciones universales sintéticas; no cometen falacia alguna, porque la única que cometen es el **fracaso en percibir las cualidades y relaciones que son centrales en la moral**. Pero esto no es falacia ni confusión lógica, ni es un error. Esto es un "tipo de ceguera" análoga a la ceguera para los colores.

También se puede atribuir este tipo de "ceguera moral" a los **definistas sólo si tienen razón en su afirmación de que no poseen conciencia de características éticas únicas**, y si los intuicionistas que la afirman y tienen razón al alegar la existencia de tales características. Pero, dar a esto el nombre de "falacia" no tiene propósito ni es correcto.

Por otro lado, si **no existen tales características en los objetos a los que damos predicados éticos**, entonces los intuicionistas, adolecen de una "alucinación moral" correspondiente.

En efecto, los **definistas**, por lo tanto, pueden imputar a esta conducta también de falacia, la **moralista o intuicionista**, pero poco tiene de falacia como la ceguera de la que acabamos de hablar. De todos modos, no creen en la insistencia de los intuicionistas respecto de que sólo ven características éticas únicas y consecuentemente no les atribuyen esta "alucinación" que acabo de apuntar.

Los **definistas**, por su parte, **niegan** que los intuicionistas puedan encontrar tales cualidades, o propiedades únicas y **acusan a éstos de cometer verbalismo, hipóstasis o cosas parecidas**.

Pero lo que nos interesa mostrar es que **los intuicionistas, en definitiva, no creen en la afirmación de los definistas**. Y se verían muy desconcertados si tuvieran que pensar que sus opositores tienen ceguera moral, porque no creen que sea preciso haber sido regenerados por la gracia para poder poseer discernimiento moral, sino que juzgan que la moralidad es algo democrático aunque no todos los hombres sean buenos.

El **intuicionismo** sostiene que si "todos no advertimos" ciertas características únicas cuando empleamos términos éticos como "bueno", "correcto", "justo", es por falta de **claridad analítica de la mente**, inducida por un pre-

juicio filosófico que no permite percatarnos en modo alguno de que son diferentes a otras características de las que sí nos percatamos.

En todo este escrito, he estado sosteniendo que los intuicionistas no pueden acusar a los definistas de cometer falacia alguna, a menos que demuestren que todas las personas (incluso los definistas) somos conscientes de las características únicas objeto de disensión.

Si, a pesar de todo, logran demostrar esa circunstancia, entonces y al final de la controversia podrían acusar a los definistas del error de confundir dos características o del error de definir una característica indefinible, y estos dos errores podrían ser imputados de "falacias" dado que esta palabra es algo "elástica en su uso" aunque no se trataría de "falacias lógicas" en el sentido de argumentación no-válida.

La **falacia de la proposición mal construida** dependerá del error de confundir dos características y, por ende, en nuestra suposición podría atribuirse también a los definistas, pero no se trata de una confusión lógica puesto que no comporta confusión acerca de la diferencia entre proposición y definición.

Pero, es muy difícil ver cómo los intuicionistas pueden probar que los definistas se percatan o siquiera vislumbran vagamente, la característica única.

Esta cuestión se deja a la inspección o intuición de los definistas mismos ayudados por las sugerencias que sean y que los intuicionistas consideren apropiadas. Así, podremos dar crédito al veredicto de la inspección, principalmente de quienes hayan leído con atención y ponderación los trabajos de los intuicionistas, **pero entonces de lo único que podrán ser acusados será de ceguera moral.**

5. Conclusiones

Me he preocupado por explicar qué significa la expresión "falacia naturalista", y este trabajo tiende a demostrar que la noción de que los definistas cometen una falacia lógica o cuasi-lógica no hace más que confundir las instancias entre intuicionistas y definistas y distorsiona el modo como debe plantearse el debate entre ellos.

En la argumentación de los definistas no tiene por qué aparecer falacia alguna, a lo sumo se podrá atribuir sólo después de haber decidido el caso en contra de ellos.

El único defecto atribuible a los definistas (si los intuicionistas tienen razón en afirmar la existencia de características éticas únicas indefinibles o inalizables) es una ceguera moral peculiar, que no es falacia ni siquiera en sentido lato.

La cuestión debe decidirse mediante cualquier método satisfactorio para determinar si una palabra equivale o no a una característica y de ser así, si equivale a una característica o propiedad única. Cual sea el método, es un problema actual de la filosofía contemporánea pero aún no se ha llegado a alguna solución satisfactoria.



Kafka, tiempo y posibilidad

Interlocuciones con Vera Karam

MARINA GORALI⁽¹⁾

*“Cuando el Destino seguía nuestros pasos/
como un demente con la navaja en mano”
Andrei Tarkovski. El espejo*



Palabras clave: derecho, literatura, temporalidad, ley, sentido, errancia.

Resumen

La literatura de Kafka no es ciertamente complaciente, obliga al lector a releer una y otra vez. El sentido no está dado allí en el texto sino desplazado, porque la única manera que tiene de acontecer es en lo ausente, en lo inacabado. En diálogo con Vera Karam, el presente artículo pretende recorrer parte de esa huella, intentando repensar allí la inasibilidad del tiempo, de la ley y de la interpretación.

Cesar Aira hablaba de Kafka como el más grande descubridor de signos de la vida moderna. Refería allí a la historia de la niña y la muñeca viajera. Cuenta Dora Dymant⁽²⁾ el maravilloso encuentro entre Kafka y una niña

(1) Abogada (UBA), Lic. en Ciencia Política (UBA), Doctoranda en Derecho (UBA), Docente de Filosofía del Derecho (UBA).

(2) Último amor de Kafka.

berlinesa que lloraba desconsoladamente tras la pérdida de su muñeca. La anécdota cobra un mágico relieve cuando el autor le explica a la pequeña que su muñeca estaba en realidad de viaje y que a través de él, el cartero de las muñecas, podrían estar en contacto. Así, durante tres semanas, Kafka fue escribiendo y entregando cartas en nombre de la muñeca viajera. Al fin de cuentas, como escribe Aira, "el contrato de la niña con su muñeca es un contrato semiótico", ninguna nimia realidad aprobaría su incumplimiento.

La historia es la historia de una niña pero también la historia de una carta. Carta que sublima lógicamente la falta pero que simboliza también aquello que no está, aquello que, como el lenguaje, no puede más que escapar. Walter Benjamin decía que en la literatura de Kafka el tema es sustituido por un simulacro que esconde, no otro tema, sino un eterno desplazamiento hacia un espacio vacío. Y es cierto, la imagen que nos dibuja Kafka es rigurosamente detallada, realista pero simultáneamente inaccesible, de una infinita postergación.

El bello artículo de Vera Karam⁽³⁾ —ensayo que apuesta con inteligencia a la complicidad entre filosofía, derecho y literatura— se inscribe en la marca de esta huella, logrando dibujar allí la sorpresa, la nebulosidad, la revelación, la autoridad, el tiempo, la ensoñación. El hombre de campo y el guardián de Kafka establecen el *leitmotiv* de aquel trabajo: "*para se (re) pensar o direito, na complexidade e com a sensibilidade que se lhe exige*", dice la autora, "*há se levar em conta a imaginacao literaria*". La filosofía y la teoría del derecho no deben apenas presuponer, mas estar comprometidas con esta trama. La obra de Kafka nos invita sobre todas las cosas a ello, a repensar el derecho siempre con la imaginación en mano.

1. Ausencias o de la ley como posibilidad

Estás engañado respecto a la justicia —manifiesta el sacerdote a Joseph K.— y relata:

"Ante la ley hay un guardián. Un campesino se presenta frente a este guardián y solicita que le permita entrar en la Ley.

(3) Me refiero al texto "Kafka, kavka, K.: do nebuloso ao que se revela como surpresa", en *Derecho y Literatura. Ensaíos Críticos*, Porto Alegre, Livraria Do Advogado editora, 2008.

Pero el guardián le contesta que por ahora no puede dejarlo entrar. El hombre reflexiona y pregunta si más tarde lo dejarán entrar. Tal vez —dice el centinela— pero no ahora. La puerta que da a la Ley está abierta, cuando el guardián se hace a un lado, el hombre se inclina para espiar (...).⁽⁴⁾

Vor dem Gesetz ilustra innumerables lecturas; entre ellas, la de una ley que impide o sustrae su propia aparición. Una ley, que inasible, funciona no obstante como referencia, como aquello que anuda, que sujeta, sin importar demasiado qué hay detrás. La puerta deviene entonces lo relevante, y no el contenido que ésta ha de revelar. La ley como pura forma cifra, en definitiva, el vacío mismo del universal.

Lo extraordinario de esta parábola es la paradoja que ella misma muestra: un *a priori* que, aun independiente de la experiencia, se construye. Esa es quizás, la clave de la ley. La puerta no está allí porque exista *ex ante*, sino porque la necesitamos; y la necesitamos para el acto mismo de nuestra subjetivación. Por ello la construimos, la forjamos, como condición de nuestra propia posibilidad.

Pero la puerta de Kafka habla también de la singularidad: “esta puerta sólo estaba destinada a tí”, declama el guardián. La ley inaccesible, sin embargo, convoca al campesino. Es en esta tensión entre lo necesario y lo ausente donde la subjetividad se juega su mejor carta, en el roce mismo entre el universal y el particular. “La responsabilidad”, dice Diana Sperling, “es una fugacidad”, porque el sujeto mismo es un hacerse en el llamado, siempre incompleto, siempre en fuga, saliendo, difiriendo de sí.

En la mirada kantiana, la relación entre máxima y ley es —como explica Sperling— siempre “vacilante, disimétrica”. No hay entre ambos términos beatitud, correspondencia; por el contrario, hay tensión, “y esa tensión es el corazón mismo de la ética”.⁽⁵⁾

Kafka revela también el costado perverso de la Ley, que no es otro que su clausura, su completitud. El derecho encarnado en la autoridad de un padre decadente pero absoluto, no puede más que asfixiar. En *La Condena* la maldición se convierte en pesadilla, y el hombre inerte se arroja

(4) Ver KAFKA, FRANZ, *El proceso*, Buenos Aires, Agebe, 2005. También, en “Ante la Ley”, en *Parábolas y paradojas*, Longseller, 2000.

(5) SPERLING, DIANA, *Filosofía de Cámara*, Bs. As., Mármol Izquierdo Editores, Bs. As., 2008.

detrás. Es el cuerpo totalitario que prescribe dogmas, cristaliza sentidos, reparte premios y castigos. El padre kafkiano es un padre que atemoriza por su completitud, no hay grieta, no hay falla, no hay ley que pueda sujetar; es autoridad sin límite, clausura, totalización. Canetti decía “la aversión contra los sistemas nace de una sensación de pérdida. Siempre se pierde algo cuando un sistema se cierra”.⁽⁶⁾ Y lo que se pierde allí no es sólo la libertad sino la posibilidad misma del nombre, de la subjetivación. El hombre se metamorfosea en insecto, objeto, ser prescindible; y avizora así, premonitoriamente, la penumbra siniestra de la civilización occidental.

2. Temporalidades

En la introducción de *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política*, Hannah Arendt relata una parábola de Kafka que dice así:

“(Él) Tiene dos enemigos: el primero le amenaza por detrás, desde los orígenes. El segundo le cierra el camino hacia adelante. Lucha con ambos. En realidad, el primero le apoya en su lucha contra el segundo, quiere impulsarle hacia adelante, y de la misma manera el segundo le apoya en su lucha contra el primero, le empuja hacia atrás. Pero esto es solamente teórico. Porque aparte de los adversarios, también existe él, ¿y quién conoce sus intenciones? Siempre sueña que en un momento de descuido —para ello hace falta una noche inimaginablemente oscura— pueda escabullirse del frente de batalla y ser elevado, por su experiencia de lucha, por encima de los combatientes, como árbitro”.

El escenario, explica Arendt, es un campo de combate sobre el que las fuerzas del pasado y del futuro chocan una con otra; entre ellas podemos encontrar al hombre que Kafka llama “él”. Ese pasado no lleva hacia atrás sino que impulsa hacia adelante y, en contra de lo que se podría esperar, es el futuro el que nos lleva hacia el pasado. Arendt interpreta:

“Observado desde el punto de vista del hombre...el tiempo no es un continuo, un flujo de sucesión ininterrumpida,

(6) CANETTI, ELIAS, ed. 2005, *Masa y poder*, Madrid, Debolsillo, 1960.

porque está partido por la mitad, en el punto donde 'él' se yergue; y su punto de mira no es el presente...sino más bien una brecha en el tiempo al que 'su' lucha constante, 'su' definición de una postura frente al pasado y al futuro otorga existencia".⁽⁷⁾

Las palabras de Arendt y la figura misma del hombre kafkiano sustraído al tiempo (al campo de batalla) nos recuerdan al concepto benjaminiano de *Jetztzeit*.

Al tiempo homogéneo y vacío propio del progreso moderno —puramente mecánico y cuantitativo— representado por el automatismo del reloj, Benjamin le opondrá un tiempo cualitativo, un tiempo de posibilidades, un tiempo abierto, un tiempo actual. "La historia es una construcción cuyo marco no es el tiempo homogéneo y vacío sino un ámbito de tiempo actual", reza el comienzo de la Tesis XIV.

El tiempo actual, *Jetztzeit* o el tiempo-ahora es definido ya en la Tesis XVIII⁽⁸⁾ como modelo de lo mesiánico que permite resumir en un inmenso compendio la historia de toda la humanidad, el minuto de plena posesión de la historia que prefigura el todo y resume todos los momentos del pasado (tradicción de los oprimidos) que como potencia redentora se concentra en el presente del historiador o del revolucionario. Apartado del historicismo, el revolucionario capta la constelación en la cual ha entrado su época con una época anterior perfectamente determinada, y funda así un concepto del presente como tiempo actual en el que penetran las astillas del tiempo mesiánico, episodios de rebelión que en cuanto redenciones fragmentarias prefiguran y anuncian la posibilidad de la salvación universal.

La redención, en Benjamin, no debe ser entendida de manera teológica sino en el sentido profano de la emancipación de los oprimidos. No hay Mesías llegado del cielo, la humanidad misma es el Mesías, la cual debe esforzarse por ejercer ese poder.⁽⁹⁾

La correspondencia textual identificada por Agamben⁽¹⁰⁾ entre las Tesis benjaminianas y las epístolas de Pablo vuelve a tomar forma en el cuerpo

(7) ARENDT, HANNAH, *Entre el pasado y el futuro*, Península, Barcelona, 1996, p. 17.

(8) XIX siguiendo la numeración del Handexemplar encontrado por Agamben.

(9) LÖWY, MICHAEL, *Aviso de Incendio*, Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 2002, p. 60.

(10) AGAMBEN, GIORGIO, *El tiempo que resta. Comentario a la Carta a los Romanos*, Editorial Trotta, 2006, p. 140.

de este término, donde el *Jetztzeit* parece adquirir el mismo carácter de paradigma del tiempo mesiánico que tiene el *ho nyn kairos* en Pablo.⁽¹¹⁾

En esta arqueología del archivo, la marca de Franz Rosenzweig no es un dato a ignorar. La Tesis B⁽¹²⁾ es un claro indicio de su influencia. En este mismo sentido, para Rosenzweig “cada instante debe estar pronto a recoger la plenitud de la eternidad”, y nada choca más con la idea del progreso que la posibilidad de que la meta ideal pueda y deba realizarse en cada instante.

Kafka dirá: “*Er wird erst einen Tag nach seiner Ankunft kommen, er wird nicht am letzten Tag kommen, sondern am allerletzten*”.⁽¹³⁾

El tiempo de Kafka remite también a la infinita postergación propia de las paradojas de Zenón: el castillo nunca alcanzado, inaccesible, sumido en la permanente postergación. Borges⁽¹⁴⁾ hablaba del laberinto, del *regresus in infinitum*, de la empresa imposible y se refería a sí como un discípulo de Kafka. Como los sueños de Borges, la carrera de Aquiles y la tortuga, los centros de los reyes de Liang, Kafka fue su precursor, quien soñando, lo soñó.

Borges escribía bellamente: “Kafka es el gran escritor clásico de nuestro atormentado y extraño siglo”.⁽¹⁵⁾

(11) Löwy no comparte esta idea, toda vez que el término *Jetztzeit* no aparece en la versión de Lutero. Löwy escribe: “Algunas de las sugerencias de Agamben son muy interesantes, pero el autor tiende a sistematizar demasiado: su intento de designar a Pablo como el ‘teólogo oculto en las entrelíneas del texto’ de Benjamin —el que asegura la victoria del autónoma de la Tesis I— me parece poco convincente. Si bien las referencias cristianas distan de estar ausentes en las Tesis considero difícil de discutir que la teología aludida por Benjamin sea ante todo el mesianismo judío”. Ver LÖWY, MICHEL, *op. cit.*, p. 159 *in fine*.

(12) La Tesis dice: “Por cierto, los adivinos que lo interrogaban para saber qué ocultaba en su seno no hacían la experiencia de un tiempo homogéneo ni vacío. Quien considere así las cosas podrá, tal vez, discernir de qué manera el tiempo pasado fue objeto de experiencia en la rememoración: de la manera, justamente, que hemos dicho. Como se sabe, los judíos tenían prohibido predecir el futuro. La Torá y la plegaria les enseñaban, en cambio, la rememoración. Para ellos, la rememoración desencantaba el porvenir al cual sucumbieron quienes buscaban conocimientos en los adivinos. Pero para los judíos, no obstante, el futuro no se convirtió en un tiempo homogéneo y vacío. Pues en él cada segundo era la puerta estrecha a través de la cual podía pasar el Mesías”.

(13) “Será sólo un día después de su llegada, no va a ser el último día, sino el ultimísimo”. Ver KAFKA, FRANZ, “*Hochzeitsvorbereitung auf dem Lande und andere Prosa aus dem Nachlass*”, en *Gesammelte Werke*, Frankfurt, Fischer, 1983; y AGAMBEN, GIORGIO, *op.cit.*, p. 75.

(14) Ver BORGES, JORGE L., “Kafka y sus Precursores”, en *Otras Inquisiciones*. Escribe allí: “Un móvil que está en A (declara Aristóteles) no podrá alcanzar el punto B, porque antes deberá recorrer la mitad del camino entre los dos, y antes la mitad de la mitad, y antes, la mitad de la mitad, y así hasta el infinito; la forma de este ilustre problema es, exactamente, la de *El Castillo*, y el móvil y la flecha y Aquiles son los primeros personajes kafkianos de la literatura”.

(15) BORGES, JORGE L., *Prólogo a América, relatos breves de Franz Kafka*, Biblioteca Personal, 1986.

3. Extranjería, sentido e interpretación

La literatura de Kafka no es ciertamente complaciente, obliga al lector a releer una y otra vez. El sentido no está allí dado en el texto sino desplazado porque la única manera que tiene de acontecer es en lo ausente, en lo inacabado. Benjamin decía que las novelas se bastan a sí mismas, mas los libros de Kafka no se bastan nunca, sino que son narraciones preñadas de una concreta moraleja, una que, sin embargo, nunca llega a nacer.⁽¹⁶⁾

Este sentido errante, propio de los escritos de Kafka muestra la extranjería en toda su dimensión. “Vivir es desviarse incesantemente”. En su Diario, confesaba: “...(durante cuarenta años erré alejándome de Canaán), miro hacia el pasado como un extranjero...”.⁽¹⁷⁾

Para Kafka —explica Blanchot— estar excluido del mundo quiere decir excluido de Canaán, errar en el desierto, y es esta situación la que hace su lucha patética y su esperanza desesperada, como si arrojado fuera del mundo, en el error de la migración infinita, tuviera que luchar incesantemente para hacer de ese afuera otro mundo, y de ese error, el principio, el origen de una nueva libertad.⁽¹⁸⁾

Esta errancia es el movimiento mismo del lenguaje, siempre en marcha, en incesante desplazamiento, atestiguando la propia equivocidad. La palabra ya no habla, circula, dialoga, muestra el destierro, se abisma en la indecibilidad. Foucault decía “de aquí en adelante, el lenguaje va a crecer sin punto de partida, sin término y sin promesa”.⁽¹⁹⁾

Es en esta tensión entre la necesidad que el lenguaje tiene que sobreponerse a su inevitable ambigüedad, de nombrar una parte del mundo y la imposibilidad de satisfacerla,⁽²⁰⁾ el lugar que aloja la lectura, la interpretación.

(16) BENJAMIN, WALTER, “Franz Kafka: construyendo la muralla china”, en Walter Benjamin, Obras Libro II, Abada Editores, Madrid, 2009, vol. 2.

(17) BLANCHOT, MAURICE, “Kafka y la exigencia de la obra” en *El espacio literario*, Paidós, Buenos Aires, 1992.

(18) BLANCHOT, MAURICE, *ibid*, p. 64.

(19) FOUCAULT, MICHEL. *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, Siglo XXI, Bs. As., 2002.

(20) Ver YELIN, J., “¿De qué está hablando? Las primeras lecturas de Kafka en el ámbito hispanoamericano”.

El interrogante sería entonces: ¿la imposibilidad desvanece la necesidad? Ciertamente no, por el contrario, la recrea; pero como diría Vera Karam, "ese ya es otro cuento".

Referencias bibliográficas

- AGAMBEN, GIORGIO, *El tiempo que resta. Comentario a la Carta a los Romanos*, Editorial Trotta, 2006.
- ARENDETT, HANNAH, *Entre el pasado y el futuro*, Barcelona, Península, 1996.
- BLANCHOT, MAURICE, *El diálogo inconcluso*, Caracas, Monte Ávila Editores, 1996.
- BLANCHOT, MAURICE, "Kafka y la exigencia de la obra", en *El espacio literario*, Buenos Aires, Paidós, 1992.
- BENJAMIN, WALTER, "Franz Kafka: construyendo la muralla china" en Walter Benjamin, *Obras Libro II*, Madrid, Abada Editores, 2009, vol. 2.
- BENJAMIN, WALTER, "Sobre el concepto de la historia", en *Conceptos de filosofía de la historia*. La Plata, Terramar, 2007.
- BORGES, JORGE L., "Kafka y sus Precursores", en *Otras Inquisiciones*, 1952.
- BORGES, JORGE L., *Prólogo a América, relatos breves de Franz Kafka*. Biblioteca Personal, 1986.
- CANETTI, ELÍAS, *Masa y poder*, Madrid, De Bolsillo, 2005.
- FOUCAULT, MICHEL. *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*. Bs. As., Siglo XXI, 2002.
- KAFKA, FRANZ, *El proceso*, Bs. As., Agebe, 2005.
- KAFKA, FRANZ, "*Hochzeitsvorbereitung auf dem Lande und andere Prosa aus dem Nachlass*", en *Gesammelte Werke*, Frankfurt, Fischer, 1983.
- KAFKA, FRANZ, *La metamorfosis*, 1915.
- LÖWY, MICHAEL, *Aviso de Incendio*, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2002.
- ROSENZWEIG, FRANZ, *La estrella de la redención*, Salamanca, Ed. Sígueme, 2006.
- SPELTING, DIANA, *Filosofía de Cámara*, Bs. As., Mármol Izquierdo Editores, 2008.



La inconsistencia en la invocación de principios y valores en la argumentación jurídica⁽¹⁾

DANIEL G. GORRA⁽²⁾



Palabras clave: neoconstitucionalismo, principialismo, epistemología jurídica.

1. Introducción

El presente trabajo se enmarca en el proyecto de Tesis Doctoral, bajo la dirección del Dr. Ricardo Guibourg, titulado “La concepción epistemológica del neoconstitucionalismo”, el cual se encuentra en su etapa de finalización. Nuestro objetivo es mostrar algunas dificultades prácticas que se originan en la argumentación jurídica como consecuencia de la vaguedad

(1) El presente trabajo se enmarca en una pasantía del Proyecto de Investigación Consolidado 22 H816: “Tendencias epistemológicas y teorías de la subjetividad: su impacto en las ciencias humanas”, FCH, UNSL. Asimismo, este trabajo forma parte de la Tesis Doctoral “La concepción epistemológica del neoconstitucionalismo”, Res. 23/11, Doctorado en Derecho con orientación en Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo.

(2) Abogado (Universidad Católica de Cuyo). Profesor en Ciencias Jurídicas (Universidad Católica de Cuyo). Magister en Criminología (Universidad del Aconcagua). Doctorando en Derecho (Universidad Nacional de Cuyo). Profesor Titular de Derecho Penal I (Universidad Católica de Cuyo). Profesor de Teorías de la Pena y Evolución del Pensamiento Criminológico (área de cursos de la SEU de la Universidad Nacional de San Luis).

del lenguaje jurídico, especialmente en los textos constitucionales, que se caracterizan por la incorporación de principios y derechos redactados en forma poco precisa. Desde nuestra posición, consideramos que este problema de orden lingüístico tiene su origen en el denominado “neoconstitucionalismo principialista”. Si bien son varias las denominaciones de esta doctrina, a lo fines del presente trabajo, la definiremos como la corriente de pensamiento que da preeminencia a los principios en los ordenamientos jurídicos.

El neoconstitucionalismo principialista tiene algunas similitudes con el derecho natural, en lo que respecta sostener la existencia de un orden de principios y valores objetivos, con la diferencia de que, con el neoconstitucionalismo, los principios se positivizaron al texto de la ley, provocando una serie de problemas de lenguaje, por la forma de redacción y dificultando la tarea del juez, que debe resolver dentro de un amplio margen de discrecionalidad y arbitrariedad derivada de los principios. Parecería ser que los problemas del iusnaturalismo se trasladaron al derecho positivo.

Los jueces comienzan a tener la facultad de “crear” derechos, al hacer una valoración moral de la norma en confrontación con la Constitución, que no sólo otorga validez jurídica, sino también validez moral a las normas jurídicas que se encuentran por debajo de ella en la escala jerárquica del ordenamiento jurídico.

2. Encuadre epistemológico y metodológico

El presente trabajo se desarrolla a partir de una concepción analítica del derecho que:

“...impulsa a quien la asume a no dar por sentado el valor moral de la ley, a exigir los datos empíricos constitutivos del significado de los términos jurídicos, a prestar preferente atención a la estructura lógica del discurso acerca del derecho y a buscar un modelo teórico coherente capaz de explicar unívocamente los acontecimientos sociales y, a la vez, de servir de fundamento a la construcción de argumentos que todos puedan entender y cuyo valor comparativo todos puedan juzgar con independencia de sus propios deseos”.⁽³⁾

(3) GUIBOURG, RICARDO, “Una concepción analítica del derecho”, en Andrés Botero Bernal (ed.), *Filosofía del derecho Argentina*, Bogotá, Temis, 2008, p. 3.

Dentro de la Escuela Analítica Argentina, podemos agrupar a autores como Rabossi, Bulygin, Alchourrón, Vernengo, Garzón Valdez, Farrell y Genaro Carrió.

La concepción analítica del derecho, también relacionada con la tesis del positivismo metodológico o conceptual, se ha basado en el análisis del lenguaje jurídico y en una concepción de una ciencia del derecho alejada de todo vestigio metafísico.

La metodología del análisis filosófico es una herramienta que permite combatir la ambigüedad, la vaguedad y las falacias jurídicas derivadas del mal uso e interpretación del lenguaje.

3. Principialismo, neoconstitucionalismo, iusnaturalismo

Los textos constitucionales parecen ser los que más han receptado esta corriente que postula la existencia de un orden objetivo de valores. Esta axiología constitucional otorga a los jueces la facultad de interpretar y resolver los conflictos de derechos, haciendo una valoración moral de la Constitución para determinar qué derecho debe prevalecer. Las leyes no sólo deben estar en concordancia con la Constitución, sino con el "sistema objetivos de valores" que estaría por debajo de los enunciados constitucionales.

Con el neoconstitucionalismo, se produce una constitucionalización de todo el derecho, una especie de canonización del orden jurídico. Las normas jurídicas deberían estar de acuerdo con la "moral constitucional". El problema es determinar ¿cuál es la moral constitucional a la que se hace referencia?, ¿cómo se conoce esa moral constitucional?

4. El objetivismo moral de la filosofía del derecho

Desde la filosofía del derecho, se han elaborado distintas doctrinas acerca de la existencia de un orden de principios y valores objetivos. Estos autores comparten entre sí la postulación de un objetivismo moral y la posibilidad de conocer y fundamentar racionalmente los juicios de valor. Así, por ejemplo, Radbruch⁽⁴⁾ señala que "...hay principios jurídicos básicos que son más fuertes que cualquier precepto legal, de modo que la ley que

(4) RADBRUCH, GUSTAV, "Cinco minutos de Filosofía del Derecho", en *El neokantismo en la Filosofía del Derecho* (1982), Chile, Universidad de Valparaíso, 1945, p. 629.

los contradice carece de validez...". Estos principios de derecho natural o derecho racional serían cognoscibles por medio de la razón y constituirían una medida para ocupar al derecho positivo en los casos en que se aparte de ellos. Por su parte,⁽⁵⁾ señala que la ley natural está compuesta de principios prácticos básicos que muestran las formas básicas de realización humana plena como bienes que se han de perseguir y realizar, y que son usados de una u otra manera por quien reflexiona acerca de lo que se debe hacer, sin importar que sus conclusiones sean erróneas.

En materia de principios,⁽⁶⁾ considera a éstos como normas de mandato, clasificándolos de la siguiente manera: 1) principios en sentido estricto (expresan valores de una comunidad) y normas programáticas (contenidas en la constitución); 2) principios en el sistema primario o sistema del súbdito (p. ej. la obligatoriedad de cumplir lo contenido en el contrato); 3) principios en el sistema secundario o sistema del juez (p. ej. preferencia sobre una norma de mayor jerarquía sobre otra de menor rango); y 4) principios explícitos (formulados expresamente) y principios implícitos (interpretación de las normas).

Nino⁽⁷⁾ defendió una concepción metaética que permitiera la fundamentación racional de juicios acerca de los principios morales, es decir, una concepción de un conjunto de principios liberales de los cuales se derivaran los derechos individuales básicos. El derecho es obligatorio si está apoyado en principios morales.⁽⁸⁾ La justificación del derecho es, en última instancia, su conformidad con la moral. Dworkin⁽⁹⁾ introduce los estándares de principios y directrices políticas. El primero debe observarse porque es una exigencia de la justicia y de la imparcialidad; el segundo se debe observar como una mejora del rasgo político, económico y social de la comunidad. Los principios para Dworkin⁽¹⁰⁾ son parte del derecho y deben ser observados por lo jueces para los casos difíciles.

(5) FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.

(6) ATIENZA, MANUEL, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

(7) NINO, CARLOS S., *Derecho, moral y política*, trad. It. *Diritto come morale applicata*, Milán, Giuffrè, 1984.

(8) NINO, CARLOS S., *ibid.*, p. 32.

(9) DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1993.

(10) DWORKIN, RONALD, *ibid.*

5. Discusión con las tesis iusfilosóficas del objetivismo moral

Lo que podemos advertir es que los principios constituirían la fuente de la exigencia de justicia o equidad, como una vía hecha para introducir la "moral objetiva" en el derecho, garantizando la moralidad del ordenamiento jurídico; pero los "principios", "valores" y "derechos" son jurídicos en la medida en que se incorporan al derecho, y éstos se imponen desde la normativa vigente y los operadores del derecho, no desde una verdad objetiva y racional, porque cada miembro de una comunidad tiene sus propias preferencias morales. Cuando estas preferencias morales tienen consenso, pueden llegar a establecerse como una norma moral o principio, y luego ser receptado como una norma jurídica. Pero a partir de esta incorporación al orden jurídico, dejan de ser normas morales para ser normas jurídicas y, por lo tanto, ser identificadas como derecho, independientemente de su contenido, lo que no quiere decir que uno lo apruebe.

Desde una concepción positivista, es compatible tener preferencias morales o principios. Parecería que ser positivista implica renunciar a toda convicción ética, y esta imagen se atribuye a lo que he denominando como "leyenda negra del positivismo jurídico", según la cual los positivistas son seres amorales, carentes de convicciones éticas y responsables de los peores males ocasionados por los órdenes jurídicos de los Estados totalitarios del siglo XX.

Esta leyenda se debe, en parte, a la confusión entre positivismo ideológico y positivismo conceptual. Así lo ha explicado el Dr. Farrell:⁽¹¹⁾

"...una polémica entre el derecho natural y el positivismo jurídico, sólo puede entenderse si alguien confunde positivismo jurídico con positivismo ideológico; como no existen positivistas ideológicos ni han existido positivistas ideológicos, en los últimos dos siglos, me parece que es una pelea entre una escuela que tiene adherentes, como el derecho natural y una escuela que no los tiene y que es un espantapájaros como lo es el positivismo ideológico; entre el derecho natural y el positivismo jurídico, no hay ninguna controversia..."

Volviendo a los principios, preguntemos ¿qué es un principio? ¿Qué es un valor? ¿Qué forma tienen? Podemos advertir que entre los defensores de

(11) FARRELL, MARTÍN, "Entrevista personal", Buenos Aires, 28 de septiembre de 2011.

la doctrina de los principios, no hay un acuerdo sobre lo que se entiende por un principio o valor. ¿En qué segmento de la naturaleza los encontramos? Vernengo afirma que:⁽¹²⁾

“...el problema de cuando se habla de sistemas morales, es que nunca se sabe muy bien qué es, ¿un conjunto de normas morales mezcladas o totalmente aparte?, pero además ¿qué pautas lógicas tiene el sistema moral?, ¿cómo se crea una norma moral?, ¿cómo se deroga una norma moral?, ¿qué forma tiene?, y esto los moralistas más acérrimos lo dejan... todos hablan de reglas morales, pero a los juristas les interesan las normas morales solamente, entonces cuando se incluyen en el texto constitucional ciertos principios morales que no se sabe claramente qué son, se crea una gran vaguedad...”.

Se ha argumentado que los principios sustentan o fundamentan los derechos fundamentales, pero ¿qué es un derecho fundamental? ¿Qué características debe reunir para que un derecho sea fundamental? La diferencia radica en que mientras los defensores del objetivismo moral sostienen que estos valores son objetivos, cognoscibles racionalmente, en este trabajo consideramos que los juicios de valor son emociones que escapan al conocimiento racional, por eso no son verdaderos ni falsos. En este sentido, Bulygin declara que:⁽¹³⁾

“...el problema es que ellos creen que de algún modo estos valores que la Constitución consagra son valores objetivos, y yo soy escéptico en esta materia, no creo que haya valores objetivos, me parecen muy respetables los valores de los derechos humanos, de la personalidad, del Estado, pero no creo que tengan correlatos en el mundo, hechos que hagan verdaderas estas afirmaciones, y por eso creo que es tan importante preservarlos, porque si fuesen realmente objetivos, uno no podría ocuparse. Qué me importa ocuparme del movimiento del Sol, porque yo sé que se mueve independientemente de mis deseos o de mis preferencias, en particular los derechos fundamentales dependen de nuestras preferencias...”.

(12) VERNENGO, ROBERTO, “Entrevista personal”, Buenos Aires, 9 de septiembre de 2011.

(13) BULYGIN, EUGENIO, “Entrevista personal”, Buenos Aires, 12 de marzo de 2012.

No tenemos una observación directa de qué son los valores, por lo tanto, preguntemos ¿qué designa un valor? ¿Cuál es su referente? ¿Cuáles son sus notas características?

Los juicios de valor son enunciados que expresan actitudes del hablante, pero no afirman ni niegan nada del mundo, es por ello que no tienen una estructura lógica conocida. El problema que puede presentarse es que por el consenso que puede haber sobre un juicio de valor, se termina por ontologizar este valor como si fuera algo separado del sujeto que ha emitido el enunciado. Esta aclaración tiene importancia en cuanto a la fundamentación de los derechos fundamentales o humanos. Mientras algunos consideran que no puede haber derechos fundamentales sin una metafísica esencialista, otros sostenemos que son una construcción cultural.

No queda claro, entre los defensores de la apelación a valores, de qué se tratan precisamente estas expresiones vagas. En este sentido, señala Bulygin que ésto "...abre el camino a mucha deterioridad, yo creo que es importante preservar la idea de que el derecho es algo que puede ser objetivamente conocido..."⁽¹⁴⁾

Lo manifestado en los párrafos anteriores tal vez exponga el problema epistemológico que traen aparejados los enunciados acerca de valores objetivos, sobre todo en lo que se refiere al intento de fundamentarlos racionalmente. El intuicionismo parecía ser el método propuesto para captar los valores; no habría ningún problema si todos pudieran intuir los mismos valores o preferencias morales, pero ¿qué pasa si un individuo intuye A y otro intuye B?, ¿quién tiene razón? Una respuesta tentativa podría ser que, en la medida en que ambos toleren lo que cada uno intuye o cedan parte de sus preferencias hasta lograr un consenso sobre ese valor o principio, con el tiempo puede convertirse en una norma jurídica.

6. Ponderación de principios en la argumentación jurídica

El método de ponderación permitiría avanzar —de acuerdo a la posición de Alexy— en la construcción de los derechos fundamentales como principios. De acuerdo a este sistema, los jueces en vez de limitarse a interpretar la ley, hacen una valoración moral de la misma, en base a

(14) BULYGIN, EUGENIO, *ibid.*

principios y valores objetivos. El sistema de ponderación se rige a través de la denominada fórmula del peso, según la cual, ante el conflicto de dos derechos fundamentales, el juez “pesa” ambos principios para determinar cuál se aplica al caso concreto. La tesis de la argumentación jurídica de Alexy se enmarca dentro de la axiología jurídica en el campo del derecho, según la cual por debajo de los enunciados jurídicos existirían principios y valores que determinarían la validez de las mismas. La ley de ponderación —señala Alexy— puede sintetizarse en la siguiente regla: “...cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro...”.⁽¹⁵⁾

7. Discusión sobre la propuesta argumentativa de Alexy

Lo que trata de demostrar Alexy es la posibilidad de efectuar juicios racionales, donde el juez pueda determinar el grado de importancia del derecho fundamental que debe optimizarse. La racionalidad de un esquema inferencial —señala Alexy —,⁽¹⁶⁾ dependerá de si conecta premisas que pueden ser justificadas. Con la ayuda de la lógica proposicional, de predicados y deóntica, Alexy⁽¹⁷⁾ propone un sistema deductivo conocido como “justificación interna” que podría ser incluido —según Alexy— como teoría del discurso jurídico.

Las premisas de la fórmula del peso, que se presentan en cantidades numéricas, se apoyan en juicios donde se determinará la violación o no de un derecho fundamental.

Tres preguntas podríamos realizar sobre la ponderación de principios de Alexy: de acuerdo a la tesis de Alexy,⁽¹⁸⁾ los principios jurídicos se extraen de la naturaleza argumentativa del hombre. A ella podrían imputarse la libertad de palabra u otras circunstancias relativas al diálogo, pero ¿cómo se inducen de allí el derecho a la privacidad, el control constitucional o la proporcionalidad en el castigo de los delitos?

(15) ALEXY, ROBERT, *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2009, p. 30.

(16) ALEXY, ROBERT, *ibid.*, p. 36.

(17) *Ibid.*

(18) *Ibid.*

Alexy⁽¹⁹⁾ afirma que los principios tienen un “peso abstracto”, independiente de su posición en el caso concreto, pero ¿cómo se determina el peso abstracto de cada principio? ¿Cómo incide ese peso abstracto en calidad de variable para la aplicación de la fórmula del peso?

Si al aplicar la fórmula del peso para decidir entre dos principios en conflicto, un observador piensa que la satisfacción del principio rival requiere una afectación alta del principio desafiado y otro que esa afectación es mediana, ¿qué criterio permite decidir cuál de los dos observadores tiene mejores razones que el otro?

El problema de este razonamiento argumentativo, basado en valores y principios, es que carece de una estructura lógica. Por otro lado, establecer escalas numéricas, por ejemplo, escala triple, grave, mediana o leve, en cuanto a la lesión de un derecho, resulta tan arbitrario como ilusorio para poder pensar que uno tiene una escala objetiva. Se pretende otorgarle rigor matemático a una fórmula para “pesar valores” y termina por ser una operación fallida.

8. Conclusiones

En este trabajo, nos propusimos exponer el carácter ambiguo, abierto e indeterminado de los principios que, como normas constitucionales, pretenden consagrar valores y derechos fundamentales.

El carácter vago e indeterminado de los principios establece problemas sobre sus contenidos y alcances. Los jueces, que de por sí tienen su propia ideología, amplían su discrecionalidad cuando tienen que interpretar normas constitucionales basadas en un orden objetivo de valores. El juez se encuentra más comprometido con su ideología en las decisiones judiciales por carecer de criterios racionales apartándose del texto de la ley.

El legislador deberá esforzarse por crear un lenguaje jurídico preciso, depurado de todo tipo de ambigüedades y vaguedades, sin dejar de respetar la tesis metaética a la cual cada uno adhiere. Se puede ser intuicionista o emotivista, iusnaturalista o positivista, cada uno puede construir la ontología que desee; el desafío se presenta para la filosofía del derecho, que por intermedio de la contribución del análisis del lenguaje jurídico, nos

(19) *Ibid.*

sirva como herramienta para poder obtener un lenguaje claro y las normas jurídicas ofrezcan pautas racionales para resolver conflictos.

Referencias bibliográficas

ALEXY, ROBERT, *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2009.

ATIENZA, MANUEL, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

BULYGIN, EUGENIO, “Entrevista personal”, Buenos Aires, 12 de marzo de 2012.

DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1993.

FARRELL, MARTÍN, “Entrevista personal”, Bs. As., 28 de septiembre de 2011.

FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.

GUIBOURG, RICARDO, “Una concepción analítica del derecho”, en Andrés Botero Bernal (ed.), *Filosofía del derecho Argentina*, Bogotá, Temis, 2008.

NINO, CARLOS S., *Derecho, moral y política*, trad. del italiano de *Diritto come morale applicata*, Milán, Giuffrè, 1984.

RADBRUCH, GUSTAV, “Cinco minutos de Filosofía del Derecho”, en *El neokantismo en la Filosofía del Derecho* (1982), Chile, Universidad de Valparaíso, 1945.

VERNENGO, ROBERTO, “Entrevista personal”, Bs. As., 9 de septiembre de 2011.



¿Por qué el daño es la única llave para abrir el control de constitucionalidad?

ANA VALERIA GUERCI⁽¹⁾



Palabras clave: control de constitucionalidad en Argentina, sus críticas y nuevas alternativas.

1. Introducción

A través de este trabajo, es mi deseo transmitir mi inquietud acerca de la gran cantidad de actos jurídicos, disposiciones, resoluciones, reglamentos y leyes que pese a su inconstitucionalidad tienen vigencia desde hace mucho tiempo en Argentina, tornando en abstracto el Principio de Supremacía Constitucional. Ello me llevó a replantearme por qué el daño es la llave para abrir el control de constitucionalidad, y a realizar un estudio sobre las distintas clases de control de constitucionalidad, empezando por describir el Principio de Supremacía, haciendo luego un análisis comparativo de algunos de los sistemas de control de constitucionalidad que hay en Latinoamérica y en Europa, para finalmente arribar a una conclusión personal.

(1) Abogada. Postgrado de Especialización en Derecho Constitucional (Universidad de Salamanca España). Maestranda en Derecho Administrativo de la Economía (Universidad Nacional de Cuyo). Integrante del cuerpo de Asesores Legales en la Defensoría del Pueblo de San Juan. Jefa de Trabajos Prácticos en la cátedra de Derecho Constitucional (UNSJ). Ayudante en la cátedra de Derecho Administrativo (Universidad Católica de Cuyo).

1.1. Principio de Supremacía Constitucional

El Principio de Supremacía Constitucional se erige en una de las garantías más importantes del sistema constitucional, dicha doctrina de la supremacía exige, para su eficacia, la existencia de un sistema garantista que apunte a la defensa de la Constitución y al control amplio de constitucionalidad. En efecto, el Principio de Supremacía permite concluir que las normas y los actos infractores de la Constitución no valen o, lo que es lo mismo, que son inconstitucionales o anticonstitucionales, porque como bien señala Esteban Echeverría, "...en torno de la Constitución las normas gravitan como los astros en torno al sol...".

La supremacía de la Constitución es una conquista de la cultura jurídica norteamericana y europea. La noción teórica de la supremacía de la Constitución va acompañada de la voluntad práctica del poder constituyente de garantizar la primacía de su producto. Como bien expresa Cristian Starck, el objetivo es impedir que la unidad e integración popular que se busca alcanzar a través del acto constituyente se vea amenazada por actos de una mayoría parlamentaria, simple. Ahora bien, dicho Principio de Supremacía sería una mera especulación académica, sin trascendencia en el amparo concreto del espacio de la libertad, si no existiera un control de constitucionalidad de las normas y actos presuntamente inconstitucionales. En otras palabras, el control de constitucionalidad es una consecuencia necesaria de la afirmación de la supremacía constitucional. No existe ésta si no hay un sistema de control.

1.2. Sistemas de control de constitucionalidad

No hay que desconocer la vastedad y complejidad de tribunales y órganos que realizan el control, ni los numerosos procedimientos establecidos para su andamio. Pero ¿cuál de todos ellos es el más apropiado para garantizar un verdadero respeto a nuestra Constitución?

Buceando en el tema, encontramos que, según Quiroga Lavié, el control puede llevarse a cabo a través de tres sistemas, a saber:

1. **Control Político.** Según éste, las normas inconstitucionales son invalidadas *erga omnes* (derogadas o nulificadas) por los órganos encargados de efectuar el control. De este modo, el órgano controlante se constituye en un poder político con facultad para desautorizar a los órganos políticos ordinarios, toda vez que éstos violen las normas constitucionales. Este sistema, por lo general, funciona a cargo de órganos especiales (diferentes de los órganos judiciales ordinarios), integrados por numerosos miembros designados por los órganos de

gobierno durante un período determinado. Son los casos de la Corte Constitucional de Alemania; Tribunal Constitucional de España; Corte Constitucional de Italia y del Consejo Constitucional de Francia. Según la opinión del autor citado, aunque los órganos de control fueran los tribunales judiciales permanentes, pertenecen al sistema político si el efecto de la declaración de inconstitucionalidad es invalidar las normas contrarias a la Constitución. Existen dos grandes formas de control político (con efecto *erga omnes* en todos los casos): a. Reparador: contra normas ya sancionadas; en general, la declaración de inconstitucionalidad no produce efectos para el pasado; la legislación invalidada produce sus efectos hasta el momento de su derogación. b. Preventivo: contra proyectos de normas que están en trámite de sanción para evitar que esto último acontezca, por ejemplo, en Francia, el consejo constitucional puede ser consultado por el presidente de la República, por el primer ministro, o por los presidentes de las cámaras del parlamento sobre la constitucionalidad de una ley en trámite.

2. **Control Judicial.** En este caso, el órgano de control (usualmente los órganos judiciales ordinarios, pero no necesariamente) cuando declaran la inconstitucionalidad de la norma o acto incompatibles, lo que hacen es que pierda eficacia en el caso (efecto *inter partes*), pero sin derogarla (la norma conserva su validez para el futuro) al determinar los hechos y el derecho aplicable en un caso concreto. Este sistema nace con la interpretación norteamericana que hizo la Corte Suprema en el año 1803 (caso “Marbury vs. Madison”). Este sistema admite las modalidades siguientes: 1. Según los órganos que lo ejercen, el control puede ser: 1.a. Concentrado: cuando sólo le corresponde a un órgano judicial especial resolver la inconstitucionalidad de la norma cuestionada. 1.b. Difuso: cuando lo puede efectuar cualquier juez del Estado, sin perjuicio de llegar por apelación hasta el Tribunal Supremo. 2. Según la vía utilizada para ejercer el control, puede ser por vía directa o incidental, según el objeto principal sea declarar la inconstitucionalidad de una norma o ella es opuesta como defensa en otro proceso principal.
3. **Control Mixto.** Es aquel donde el o los órganos derogan (efecto *erga omnes*) o inaplican (efecto *inter partes*) la norma cuestionada por violar la supremacía constitucional.

2. Desarrollo

2.1. La justicia constitucional y la democracia

2.1.1. Importancia de la justicia constitucional

El estado de derecho se perfecciona con el control de la legalidad de la administración (lo contencioso administrativo) y el control de la constitucionalidad mediante la justicia constitucional. Éste control es una pieza fundamental de la democracia moderna.

Además de lo anteriormente expuesto, se pueden señalar otros aportes de la justicia constitucional a la democracia:

- a. Sin una justicia constitucional, regulada por la Constitución y las leyes, la Constitución sería papel mojado, sin importancia, porque no existiría un instrumento de su defensa y cumplimiento, como le pasaría a un Código Penal que carezca de un Código de Procedimiento Penal para su aplicación, lo mismo al Código Civil sin un Código de Procedimiento Civil, etc.
- b. Es un instrumento de control del cumplimiento de las competencias de los poderes u órganos constitucionales del Estado, lo mismo que de los derechos fundamentales por parte del Estado y de los particulares.
- c. Es un medio de defensa de las minorías para hacer valer sus derechos e intereses.
- d. Sirve para controlar la separación de poder en la solución del conflicto entre los poderes.

2.1.2. Impugnación de la justicia constitucional

Son dos los argumentos entrelazados que se esgrimen para impugnar de ilegítimo el control de la constitucionalidad de las leyes: la justicia constitucional, al declarar sin valor las leyes inconstitucionales, hace el papel de legislador negativo. Como consecuencia, viola la división de poderes, según la cual corresponde al Poder Legislativo aprobar, modificar y derogar las leyes. Esto lo hace la justicia constitucional sin tener representación popular y responsabilidad política ante el electorado.

2.1.3. Legitimidad y necesidad de la justicia constitucional

Los anteriores argumentos son combatidos por un fuerte sector doctrinal que legitima su creación y fundamenta su necesidad y utilidad.

Los argumentos sobre su legitimidad son los siguientes:

- a. El parlamento y el Ejecutivo (poderes políticos) no siempre representan el electorado y los intereses generales de la población (abstenciones electorales, sectores no aptos para votar, minorías que no logran representación en el parlamento, etc.), sus decisiones en muchas oportunidades no responden a los intereses de la mayoría y, en general, con frecuencia se alejan del control de sus mandantes, por lo que, teniendo en cuenta también las desviaciones del poder, se han formulado correctivos políticos (revocación del mandato, el voto de censura, etc.) y judiciales (el amparo, el recurso de inconstitucionalidad).
- b. En muchos países, los magistrados son seleccionados y nombrados conjuntamente por el Ejecutivo y el Congreso, lo que permite que la Magistratura no

sea ajena al pensamiento político imperante y que no carezcan de cierta representatividad. Los Tribunales Constitucionales generalmente están integrados por magistrados elegidos políticamente.

- c. Se sostiene que los jueces no son responsables ante los otros poderes, los particulares y el electorado por sus opiniones legales y filosóficas, contrariamente al legislativo, por lo que resulta inconcebible que jueces no responsables controlen a políticos responsables. No obstante, tal modo de opinar es rechazado con fuertes argumentos, a saber: i) La libertad de expresión y el carácter público del proceso permiten al pueblo controlar la buena marcha de la administración de justicia y vuelve al juez objeto de críticas y responsable socialmente. El juez está abierto a la crítica externa y la actuación de su legalidad se puede controlar fácilmente, pues la sentencia tiene que ser motivada. Por otra parte, tiene responsabilidad civil, disciplinaria y penal. ii) El nombramiento periódico de los magistrados asegura una vinculación con la sociedad y la política imperante. iii) La actuación del juez en el proceso es altamente participativa y en contacto directo con la realidad, pues actúa ante casos reales y a petición e impulso de las partes.
- d. La democracia y representatividad de los tribunales aumenta mediante la protección a los grupos marginados que no han podido acceder a las ramas políticas.

Esta defensa es más favorable dentro de un proceso judicial, en el cual las partes actúan en pie de igualdad, lo que no ocurre ante otros órganos. Dentro de este proceso encuentran la protección política que no hallan en otra parte.

- e. La legitimidad de la justicia no es electoral, representativa, aunque en algunos países ciertos jueces son escogidos en elección popular. Su legitimidad depende de su forma bastante segura y aceptable de decidir: sentencia un órgano independiente e imparcial; éste actúa a petición de parte ante casos reales; las partes tienen intervención en pie de igualdad; su decisión se ajusta a lo probado y alegado por las partes, falla de acuerdo con la ley y la Constitución.
- f. Un sistema de justicia activa y creadora contribuye a mantener un sano equilibrio de poderes frente a las ramas políticas. La democracia no funciona simplemente bajo la idea de las mayorías, pues, es preciso completar con otras instituciones útiles a su funcionamiento.
- g. La mejor prueba de su legitimidad es su aceptación generalizada en el constitucionalismo moderno y sus buenos frutos. Esta es la mejor forma de legitimar ante el pueblo una institución política. Para que una Constitución pueda llamarse Constitución es preciso que la respalde una jurisdicción constitucional que garantice su cumplimiento. El Estado constitucional no puede funcionar sin esta pieza fundamental, lo mismo que la democracia.
- h. Su legitimación en la democracia representativa no proviene del legislativo corriente ni del constituyente derivado, sino del poder constituyente original, el

más cercano a la soberanía popular, sobre todo cuando la Asamblea Constituyente que aprobó la Constitución la somete a referendo.

Dos son los argumentos a favor de su necesidad: es tanto un instrumento de equilibrio frente al crecimiento del Legislativo y el Ejecutivo, así como de protección de los derechos humanos:

a) Instrumento de equilibrio y control

La Constitución positiva se apoya sobre el ordenamiento económico social, o sea que se modela sobre la división de los bienes materiales: "...de donde resulta que la historia de la Constitución es la historia de la recíprocas posiciones sociales de las clases poseyentes y de las clases trabajadoras...". Significa que, en cualquier forma de Estado, la clase social dominante se adueña del poder político y dicta una Constitución.

Así, nuestra Constitución de 1853 nació bajo un modelo de Estado liberal con dos principios jurídicos fundamentales como pilares, la libertad y la igualdad, otorgando al Estado las funciones históricas y tradicionales de administrar, legislar y hacer justicia, era un Estado gendarme.

Hacia finales del siglo XIX, aparecen nuevas condiciones sociales, pobreza, trabajadores explotados, y la lucha de esos sectores por el cambio social. Nacen los derechos sociales del 14 bis, el Estado de bienestar se sitúa respondiendo a estas motivaciones de índole político social, a los derechos del trabajador, a la seguridad, a la jubilación, etc.

En la década del 90, con la reforma de 1994, surge un nuevo Estado (la Reforma del Estado): un Estado regulador, controlador de todas las empresas privatizadas de servicios públicos, art. 42 CN. En el siglo XXI, asistimos a un nuevo concepto de Estado, en el que la inclusión social, los pueblos indígenas, la pobreza son especialmente contemplados en las políticas de Estado.

Los parlamentos, generalmente, responden a intereses locales o de grupo, alejándose de sus mandantes; en el desarrollo social, no son tan eficaces como se piensa, pues no son pocas las leyes que llegan tarde, que no responden a la realidad, que son contradictorias, etc.

Son muchas las disposiciones constitucionales que remiten a la ley o mandan aprobarla sin que en ninguno de los dos casos se apruebe la ley, incurriendo en su caso el poder legislativo en una omisión inconstitucional. En fin, no se puede esperar que todo lo solucione el parlamento. El Ejecutivo también crece y, en ocasiones, aparece hipertrofiado en detrimento de los otros poderes. El Judicial se encuentra sin recursos humanos y económicos, sin una efectiva independencia y, en general, temeroso de intervenir en el control de los otros poderes. El surgimiento de poderosos grupos políticos, económicos y sociales justifican la consagración de la justicia constitucional en su aspecto del amparo para que el individuo pueda defenderse también de ellos frente a la violación de sus derechos.

Ante esta situación, es necesario no sólo la justicia constitucional, sino también la contenciosa administrativa como contrapeso al crecimiento del Legislativo y el Ejecutivo, lo que permite a las personas defenderse de un Estado poderoso que todo lo controla. No vaya a creerse que la justicia constitucional sólo se justifica ante el peligro del Estado gigante. En el Estado meramente observador también existe tal peligro, aunque es menor.

b) Protección de los derechos humanos

Tanto a nivel internacional como nacional, en la mayoría de los países, se han emitido declaraciones de derechos, individuales y sociales. En casi la totalidad de sus Constituciones se incorporan, pasando a formar la parte dogmática de ellas. Pero no basta la simple declaración de derechos para asegurar el cumplimiento de los mismos. Es precisa la creación de órganos que aseguren su cumplimiento y ese órgano tendrá que ser judicial, el menos peligroso y el más idóneo según lo ha demostrado la realidad práctica. Son órganos independientes encargados de controlar a los poderes políticos. Existen tribunales judiciales nacionales e internacionales encargados de verificar el cumplimiento de esas declaraciones. Este control constituye una de las partes más importantes de la justicia constitucional. También es un importante factor de crecimiento del Poder Judicial.

El tema de la legitimación ha pasado a segundo plano por la general aceptación, con sus modalidades y alcances, de la justicia constitucional en las constituciones de los países, pero surge cuando la justicia constitucional entra en conflicto con los poderes del Estado, los partidos políticos y los altos intereses de la sociedad civil.

2.2. Una visión comparada

Los institutos procesales que tienden a resguardar la supremacía constitucional, además de ser muy numerosos, difieren de país en país, según la regulación que brinde no sólo el constituyente, sino también el legislador común. Para clarificar un poco más el tema, es importante pasar revista de algunos sistemas adoptados en el derecho comparado. A modo de ejemplo, seleccioné tres modelos distintos en Europa y tres en Latinoamérica, a fin de que se pueda tener una visión más acabada sobre los distintos sistemas de control de constitucionalidad que existen.

2.2.1. Francia

El sistema de control francés ha sido considerado tradicionalmente como el paradigma del control político de constitucionalidad. Nacido en un clima de desconfianza hacia el Poder Judicial, y basado en la equivalencia ley-voluntad general, aplicación ineludible del "contrato social", era con-

secuencia necesaria que el régimen no podía conceder a estos “burócratas” la posibilidad de dejar sin efecto una norma emanada del parlamento.

Sin analizar los antecedentes de este sistema, remarcaremos las características que adquirió en la Constitución de la Quinta República (1958) y sus modificaciones posteriores.

Nos explica Frank Moderne que el carácter político del Consejo Constitucional francés resulta tanto de su composición como del ejercicio mismo del control. El Consejo está compuesto por nueve miembros, tres nombrados por el presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea Nacional y tres por el presidente del Senado. El presidente es nombrado por el jefe de estado, e integran el mismo también los ex presidentes de la República como miembros vitalicios.

Su funcionamiento es preventivo, su actuación se desarrolla en abstracto y antes que la ley sea promulgada. Estas características están impuestas como consecuencia del fin primitivo del Consejo de controlar que el Congreso no se aparte de sus facultades constitucionales.

Por ello, además de tratarse de un control preventivo, el Consejo revisa todas las leyes orgánicas que se emitan y los reglamentos de las Asambleas Parlamentarias. En cambio, respecto de las leyes de derecho común, su control sólo se ejerce cuando es incitado por sujeto legitimado, es decir, por el jefe de estado, el primer ministro, los presidentes de las Cámaras o 60 diputados o 60 senadores. Este Consejo Constitucional tiene otras competencias como el control de las elecciones, la confrontación con la Constitución de los tratados internacionales firmados por Francia, la constatación de la incapacidad del jefe de estado y la evacuación de consultas sobre los poderes excepcionales del presidente de la República.

En cuanto al ejercicio del control, no hay un verdadero proceso contradictorio, ni abogados que ejerzan la defensa. La demanda no tiene que ser necesariamente motivada, se pueden no contestar las alegaciones y esgrimir de oficio otros argumentos. El control se ejerce en un plazo muy breve (ocho días en caso de urgencia declarada por el gobierno).

En los últimos años, hay autores que en el Consejo tienen una tendencia a convertirse en un Tribunal Constitucional, al estilo de la mayoría de los países europeos, dado que ha pasado progresivamente de la vigilancia del Congreso a la defensa de los derechos individuales, proponiéndose como complemento del sistema la ampliación de las competencias del Consejo

y la habilitación de una vía jurídica suplementaria cuando los derechos humanos se encuentran en juego.

2.2.2. Alemania

El Tribunal Constitucional Federal alemán está dividido en 2 Salas, compuestas por 2 miembros cada una, independientes entre sí pero con el mismo rango. La duración en el cargo es de 12 años y no pueden ser reelegidos. Entre las principales competencias de este Tribunal pueden citarse el recurso de amparo, los controles abstractos y concretos de normas, los conflictos entre órganos, los conflictos federales, la acusación contra el presidente, los procedimientos contra abusos de derecho fundamentales.

El control concreto o cuestión de inconstitucionalidad se asemeja a las acciones existentes en Italia y España, donde un juez común (por ejemplo, administrativo) presenta una cuestión prejudicial ante el Tribunal Constitucional.

En el control abstracto, a pedido de sujeto legitimado (el gobierno federal, el gobierno de un *Land*, o un tercio de los miembros del *Bundestag*), se analiza la adecuación de una ley a la Constitución. En este caso, la declaración de inconstitucionalidad provoca la nulidad de la norma impugnada.

El recurso de amparo, que tiene por objeto la salvaguarda de los derechos fundamentales, puede ser requerido por cualquier afectado, aun cuando no cuente con personalidad jurídica (como asociaciones o partidos políticos). Para la procedencia del mismo, se exige el previo agotamiento de la vía judicial.

Las decisiones del Tribunal Constitucional tienen fuerza de ley en los casos de control abstracto y concreto de normas, de verificación del derecho internacional y del recurso de amparo cuando se declara una ley con la norma fundamental. Estas decisiones deben ser publicadas en el Boletín Oficial, adquiriendo así efectos *erga omnes*.

2.2.3. Chile

La Carta Magna chilena de 1980 pone el sistema de control en manos tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional.

La Corte, según el art. 80 de la Constitución, podrá declarar inaplicable para los casos concretos todo precepto legal contrario a la Constitución. Puede entender, "...de oficio o a petición de parte, en las materias de que

conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal...". El recurso puede interponerse en cualquier estado del proceso, estando la Corte facultada para ordenar la suspensión del procedimiento.

A su turno, el Tribunal Constitucional está compuesto por siete magistrados, tres de los cuales deben ser ministros de la Corte Suprema; de los otros cuatro, que serán necesariamente letrados, dos son designados por el Consejo de Seguridad Nacional, uno por el presidente de la República y otro por los senadores. Para obtener una resolución válida, se debe contar con un quórum de cinco miembros, adoptándose decisiones por simple mayoría.

El tribunal tiene distintas competencias, amén de las propiamente dichas de control, entre las que se encuentran las facultades sancionatorias por vulneración del sistema constitucional democrático, informar al Senado sobre la inhabilidad o renuncia del presidente, pronunciarse sobre inhabilidades e incompatibilidades de ministros del Estado y legisladores, adoptar decisiones administrativas sobre su personal, etc.

En cuanto a sus atribuciones de control, ejerce control preventivo y obligatorio sobre leyes orgánicas constitucionales y leyes que interpreten la Constitución. En caso de declararlas inconstitucionales —en todo o en parte— éstas vuelven a las Cámaras debiendo ser eliminadas las normas objetadas.

También ejerce un control preventivo sobre leyes de reforma constitucional, las demás leyes comunes y sobre tratados internacionales, antes de que los mismos sean sometidos a la aprobación del Congreso, sólo que aquí no lo hace automáticamente, sino sólo a requerimiento de sujeto legitimado (el presidente de la República, cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio).

Decide sobre la constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley, de la convocatoria a plebiscito, de los decretos de promulgación de leyes, de los decretos o resoluciones representados por la Contraloría y de los decretos supremos dictados en ejercicio de potestad reglamentaria.

2.2.4. Venezuela

El sistema venezolano no presenta mayores complejidades. Dicho régimen compenetra el control difuso y el concentrado.

Es ejercido, por un lado, por cualquier juez del país, quien puede desaplicar las leyes inconstitucionales al caso concreto, inclusive de oficio, siendo su decisorio declarativo, generando efectos *ex tunc*. Se puede plantear tanto como defensa, como por vía de acción principal a través del amparo constitucional.

El sistema concentrado es ejercido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en pleno —es decir, reunidas sus tres salas, de cinco magistrados cada una—, la cual declara la inconstitucionalidad de una norma con valor *erga omnes*, aunque, en principio, con efectos constitutivos, es decir, hacia el futuro. Tiene la facultad de disponer, en casos excepcionales, una declaración de nulidad con efectos *ex tunc*.

El control ante la Corte puede ser ejercido por vía de acción popular de inconstitucionalidad, teniendo legitimación el Poder Ejecutivo para impugnar leyes sancionadas por los respectivos órganos legislativos y no promulgadas.

2.2.5. Argentina

La Constitución argentina, al igual que la de los Estados Unidos, no prevé ni organiza el control de constitucionalidad. Todas las características de éste han sido elaboradas por la jurisprudencia de la CSJN.

La jurisdicción constitucional es la potestad que tienen los jueces de controlar e interpretar la supremacía de la Constitución, cualquiera que sea la instancia o el fuero a que pertenezcan.

Según el órgano que lo ejerce, el control de constitucionalidad es judicial difuso. Esto significa que todos los jueces, tanto del Poder Judicial de la nación, como de los Poderes Judiciales provinciales, tienen a su cargo la función de ejercer el control de constitucionalidad de las normas y actos, tanto nacionales como provinciales, para verificar si ellas están o no acordes con la Constitución Nacional. La CSJN en diversas causas ha expresado que la circunstancia de que en una causa radicada ante un tribunal provincial se haya propuesto una cuestión federal no justifica que el juez provincial declare su incompetencia y la remita al juez de sección (federal), luego de resuelto el caso, a los fines de la decisión originaria del punto federal del pleito.

Si bien, como se ha expresado, el control de constitucionalidad nacional es judicial difuso, la última palabra la suele tener la CSJN, por medio del recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley nacional 48.

En tales casos, si bien los jueces inferiores no están obligados a seguir el criterio de la Corte, es de suponer que —en casos similares— la Corte se pronunciará de la misma manera. Por esa razón, el criterio de este tribunal, una vez que se ha expedido en algún tema constitucional, es seguido —casi siempre— por los tribunales inferiores que tengan que pronunciarse en una causa similar.

Requisitos:

- a. Causa: según la jurisprudencia de la CSJN, el control de constitucionalidad se da siempre en una "causa" o "caso contencioso". Esto surge del art. 2 de la ley nacional 27, que dice: "Nunca [la justicia nacional] procede de oficio y sólo ejerce su jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte". Así, se declaró que no eran procedentes en el ámbito nacional las declaraciones judiciales de inconstitucionalidad, de carácter general o directo, que persiguiesen la sola declaración de invalidez de las normas.
- b. Acción o excepción: tal como lo ha sostenido la Corte en forma pacífica, la única vía procesal aceptada en el orden nacional es la de excepción, es decir, aquélla en la cual la cuestión constitucional se plantea para obtener un pronunciamiento distinto de la mera declaración de inconstitucionalidad, pero para el cual (ya sea admitido o rechazado) el ejercicio del control es imprescindible. Además, la jurisprudencia tradicional que rechazaba la existencia de acciones declarativas de inconstitucionalidad pretendía que tales acciones eran algo así como una especie de consulta o de una indagación meramente especulativa, ya que no tendían a una condena concreta.
- c. Legitimación: como ya se ha expresado, la Corte siempre ha sostenido que un "caso contencioso" es únicamente aquél en el cual se debaten derechos subjetivos de los litigantes.
- d. Control de oficio: la jurisprudencia de la CSJN exige que, para habilitar la función de control de constitucionalidad, el justiciable debe provocarla solicitando al juez competente la declaración de inconstitucionalidad de la norma o acto en cuestión. A partir de la reforma de 1994, la Constitución autoriza el control de oficio, en efecto, el primer párrafo, *in fine*, del nuevo art. 43 de la Ley Suprema establece que "...en el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva...". La clara y recta interpretación de este párrafo deja al criterio exclusivo del juez, sin quedar obligado por la actitud de las partes, la decisión de ejercer el control de constitucionalidad.
- e. Agravio actual: otro requisito exigido por la CSJN es que el agravio subsista al momento de ejercer el control de constitucionalidad, esto es, al dictar sentencia. Si el agravio hubiera desaparecido, *v. gr.*, por haberse derogado

la norma cuestionada, la cuestión se habría tornado abstracta y no habilita al ejercicio del control.

- f. Efectos: en nuestro derecho federal el efecto de las sentencias es siempre "*inter partes*", esto significa que la norma o acto queda subsistente y —en principio— debe ser aplicada a todos los casos, salvo aquél en el cual fue declarada inconstitucional. Además, si se declara inconstitucional uno o varios artículos de la norma, el resto permanece válido. Cabe destacar que, en nuestro país, no rige la regla del *stare decisis*, ya que los precedentes de la Corte no son obligatorios en teoría y por ello los tribunales inferiores pueden apartarse de la doctrina constitucional de aquel tribunal.

Luego de haber expuesto el control de constitucionalidad en Argentina y de haberlo comparado con los otros sistemas de control de constitucionalidad de Latinoamérica y Europa, es momento de reflexionar sobre la conveniencia o no del sistema argentino y, en su caso, proponer aportes jurídicos que llevados a la práctica pueden ser fructuosos.

2.3. Opinión personal

Después de un estudio comparativo de los sistemas de control de constitucionalidad, considero, desde mi humilde opinión, que el control de constitucionalidad en Argentina no llega a ser suficiente para tutelar los derechos constitucionales y para hacer prevalecer el Principio de Supremacía Constitucional.

Para arribar a la opinión mencionada *supra*, empecé por preguntarme lo siguiente: ¿hay en Argentina un verdadero sistema de garantía constitucional?; y cuando me refiero a garantía no aludo a que se halle previsto un sistema de control de leyes, sino que fijo la mirada en el lesionado preguntándome si éste tiene remedios judiciales que le garanticen una reparación oportuna, en otras palabras eficiente.

¿Es razonable esperar la existencia de un daño real o inminente para que se ejerza el control de constitucionalidad?, ¿cuál es el fundamento legal de la necesidad de que exista una petición concreta para que recién se ejerza dicho control? La respuesta a esas preguntas se relaciona con el tema de la legitimación. Como todos, y no algunos, tenemos derecho e interés en que haya un debido control de lo socialmente acordado, sostengo que dicho control, tratándose de leyes, se ejerza con anterioridad a la entrada de su vigencia. De esta manera, se evitaría que tengan vigencia ciertas leyes que pese a su inconstitucionalidad siguen rigiendo por largos años en Argentina, tornando en abstracto el Principio de Supremacía Constitucional.

“El daño no debe ser la llave con que se abra el control de constitucionalidad”; es decir que debemos pensar en emplear medios que cautelen la Constitución y no remedios que reparen daños nacidos de su violación. En otras palabras, “debemos prevenir y no remediar”. Así, tanto Kelsen como Eisenmann subrayan que no hay justicia constitucional sino en el ámbito esencial del control de la promulgación de los actos fundamentales, de las leyes nacionales y los tratados, confrontándolos con la Constitución.

Por lo expuesto, considero que debemos adoptar un sistema de control de constitucionalidad mixto, en el que exista un control *a priori* en manos de un Tribunal Constitucional, es decir, que revise la constitucionalidad de las leyes antes de que entren en vigor, y uno permanente en manos de los jueces ordinarios de nuestra nación.

Ello exige ser así, porque el control de constitucionalidad no debe reducirse o circunscribirse a dicho tribunal, ya que hay leyes que, si bien no presentan connotaciones de inconstitucionalidad, sí lo tienen en el caso concreto o leyes que nacen constitucionales, pero con el tiempo devienen en inconstitucionales; por último, no podemos olvidarnos de los casos de omisión inconstitucional, es decir, cuando una ley omite regular ciertos derechos fundamentales u omite los medios para hacerlos efectivos. Asimismo, en el mundo jurídico, no sólo hay leyes, sino también una inmensidad de actos, decretos y reglamentos que no pueden quedar exentos del examen constitucional. Por ello, es el Poder Judicial, y no otro, el que debe dirimir dichas cuestiones a la luz de la Constitución, porque precisamente su competencia radica en “resolver controversias”, habiendo organizado en torno a dicha atribución todo un sistema de garantías que aseguran la independencia e imparcialidad de sus decisiones. Dicha atribución no puede ser discriminada a un tribunal del resto del Poder Judicial, porque a todos, y no a algunos de los jueces, les corresponde el estudio y análisis de la Constitución en el caso que les fue sometido.

Es innegable la necesidad imperiosa que existe de modificar nuestro sistema de control de constitucionalidad, y pensar en un sistema en el que realmente se vean protegidos y amparados los derechos de los ciudadanos, en lugar de pensar en un sistema que repare tardíamente las violaciones constitucionales.

“Hay que fijar políticas de Estado con el debido resguardo y tutela de los derechos constitucionales”, y para que esto se haga efectivo, el control debe ser ejercido inmediatamente después de que se aprueba una ley,

pero antes de su promulgación. No comparto la opinión de quienes afirman que este control, antes que proteger los derechos, controla al parlamento, ya que lo que en verdad se pretende con este control es evitar las consecuencias jurídicas y sociales que trae aparejada una ley inconstitucional vigente en la sociedad. El control posterior ha demostrado por su lentitud que es ineficiente e insuficiente, por lo que debemos arriesgar un cambio del sistema, pero lo cierto es que hay una "resistencia al cambio". A veces pareciera que disfrazan "el miedo al control" bajo el lema "independencia legislativa".

En cuanto a la composición del Tribunal Constitucional, considero que debe ser un requisito ineludible que sus miembros posean el título de "Doctor en Derecho Constitucional". De esta manera, se limitaría el amiguismo o la vinculación política con el gobierno de turno que los seleccione.

En lo que atañe a las materias que pueden ser objeto del control previo de constitucionalidad por parte del Tribunal, propugno la idea de que proceda en toda ley orgánica o tratado referido a derechos humanos, como así también en los casos en que la ley pretenda la interpretación de alguna cláusula constitucional. En lo que respecta a las demás leyes, podría contemplarse que con la sola declaración de "necesidad de control", expresada por un número de senadores y diputados, o cuando haya una iniciativa popular basta para que proceda el control. Vale destacar que dicho control no tiene lugar a título meramente consultivo, sino con carácter obligatorio. Igualmente, podría atribuirse a dicho Tribunal la función de controlar los DNU, reemplazando el control insignificante que tiene hoy la Comisión Bicameral Permanente por un verdadero control vinculante por parte de éste, y ¿por qué no otorgarle competencia para ser el que controle la constitucionalidad de la "delegación legislativa"?

¿Acaso existe temor de controlar la legalidad constitucional? La experiencia nos enseña que existe una tendencia por parte del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo a incurrir en ilegalidades manifiestas que producen, en la mayoría de los casos, daños que son irreparables, entonces me pregunto: ¿existe alguna razón para ser ciegos a esta experiencia?

Contemplando dicho control previo, se atenuaría el debate relativo a la necesidad de implementar una acción popular de inconstitucionalidad, acción que considero una herramienta necesaria en la organización actual de nuestro sistema procesal constitucional. Asimismo, no quiero dejar de expresar mi opinión respecto de la necesidad de regular una acción direc-

ta por omisión inconstitucional, ya que consideramos que "el derecho a peticionar a las autoridades" no puede ser restringido mediante exigencias formales arbitrarias, sino que, por el contrario, el fin de nuestras miradas debe ser ampliar la legitimación procesal para abrazar "un verdadero mecanismo de control de constitucionalidad".

3. Conclusión

En conclusión, sostengo que el problema reside en la oportunidad en que se ejerce dicho control, ya que es inconcebible que el control de constitucionalidad argentino consista en la reparación de una violación constitucional, en vez de pensar en emplear verdaderos mecanismos jurídicos que eviten una reparación ulterior. "Hay que prevenir y no remediar", ya es hora de que despertemos y dejemos de observar cómo ciertos órganos se burlan de la Constitución, sometiéndose sus decisiones a procesos judiciales que se caracterizan por su dilatación y no por su eficiencia, vulnerando derechos cuya reparación, en la gran mayoría de casos, es tan tardía que hasta ella misma se torna en una nueva violación constitucional. No debemos olvidar que cualquiera fuere el debate sobre el control de constitucionalidad, "...la función de la justicia constitucional no es hacer el bien, sino evitar que se haga el mal..." y, de esta manera, como bien expresa Javier Pérez Royo, el tribunal debe existir, en principio, no para hacer algo, sino para evitar que se haga lo que no se debe hacer.

Referencias bibliográficas

- PÉREZ ROYO, JAVIER, *Curso de derecho constitucional*, 2da. ed., Madrid, Marcial Pons, Ediciones jurídicas, 1995.
- STARCK, CRISTIAN, *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2011.
- QUIROGA LAVIÉ, MIGUEL ÁNGEL BENEDETTI y CENICACELAYA, MARÍA DE LAS NIEVES, *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2001, t. I.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución reformada*, Bs. As., Ediar, 1998, t. II.
- EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, *Tratado de derecho constitucional*, Bs. As., Depalma, 1995, t. III.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN y CARNOTA, WALTER F., *Derecho constitucional comparado*, Bs. As., Ediar, 1998.
- TORICELLI, MAXIMILIANO, *Sistema de control constitucional argentino*, Bs. As., Lexisnexis Depalma, 2002.



Las realizaciones sociales como factor de justicia

Aproximación a través de fallos judiciales de reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales

AGUSTÍN PARMA⁽¹⁾



Palabras clave: derechos humanos, teoría de justicia, teoría comparativa de justicia, derechos económicos sociales y culturales, realización social concreta.

1. Sumario

Las teorías comparativas de justicia en contraposición a las teorías trascendentales ponen énfasis en los logros concretos. Uno de los conceptos utilizados por Amartya Sen al exponer su teoría de justicia comparativa es el de realizaciones sociales, es decir, en un caso donde existe una injusticia, a través de la modificación de alguna circunstancia, el caso concreto se vuelve más justo.

(1) Abogado (UNCUYO) y mediador. Becario investigador (Secyt UNCUYO). Diplomado en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Instituto Universitario Ortega y Gasset). Candidato a doctor en derecho internacional (Universidad Complutense Madrid).

A través del concepto de **realización social**, entendido como acción que modifica una situación de injusticia haciéndola más justa (a pesar de no ser desarrollado de manera extensa por Sen), se busca la revalorización de la acción directa que implica un fallo judicial que resuelve un caso de manera justa como elemento de legitimación de dichas acciones judiciales.

Existe consenso en que la efectivización de los derechos humanos implica una situación de justicia. Dentro de este grupo, encontramos a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC); todos ellos en la actualidad encuentran grandes problemas de efectivización, lo que provoca situaciones de injusticia (sobre todo por negativas de los Estados, que alegan problemas presupuestarios).

El presente artículo, sin desconocer que el concepto de justicia presenta diversas aproximaciones y la imposibilidad de determinar las condiciones de justicia que demanda cada caso concreto, plantea la idea de que en los fallos judiciales de reconocimiento de derechos humanos económicos, sociales y culturales, donde se obliga al Estado a dar cumplimiento a éstos derechos, se está materializando una situación más justa, efectivizando así, la idea de **realización social** que utiliza la teoría de justicia de Sen.

2. Introducción

El presente trabajo intenta abordar el concepto de **realización social** que utiliza la teoría de justicia comparativa de Amartya Sen y poner como ejemplo de su aplicación a los fallos judiciales de reconocimiento de derechos humanos económicos, sociales y culturales.

Entendemos por realizaciones sociales concretas, una acción que realice, es decir, que haga real una situación de justicia en una situación de injusticia; convertir en real una situación de justicia, o hacer cesar una situación de injusticia.

Existe una dificultad y una limitación natural para determinar el marco previo sobre qué se entiende por justo y que no, puesto que responderá a cada ámbito jurídico, a cada momento y a las condiciones de cada persona que analice el caso, objeto que excede el presente trabajo.

Por ello, tomaremos el caso del reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales como derechos plenamente aceptados, entendiendo que existe consenso en que al reconocerlos en una situación concreta, se realiza una acción justa, estamos efectivizando, se construye una realización social concreta.

En vistas a lo antedicho, en primer lugar se expondrán sucintamente las líneas generales de la teoría de justicia trascendental de John Rawls para compararla con la teoría de justicia comparativa propuesta por Amartya Sen, y luego resaltar la importancia de los fallos judiciales de reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales como elementos mediante los cuales se logra una **realización social**, es decir, se convierte una realidad existente que es injusta en una más justa, a través del reconocimiento de los mencionados derechos.

En conclusión, se busca destacar el importante rol que cumplen los tribunales para la efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales.

3. Marco teórico del concepto de justicia

El concepto de justicia ha sido tratado a lo largo de toda la historia de la humanidad, por lo que cualquier intento de abordarlo excedería este trabajo. No obstante, haremos una mención a tres importantes concepciones de justicia de los últimos tiempos, la justicia como distribución (de bienes, recursos materiales y culturales o capacidades); la justicia como reconocimiento (y respeto cultural de todas las personas y la existencia de relaciones justas dentro de la sociedad); y la justicia como participación (en decisiones que afectan a sus propias vidas, es decir, asegurar que las personas son capaces de tener una activa y equitativa participación en la sociedad). Estas aproximaciones, si bien independientes en su formulación, en la práctica están relacionadas.⁽²⁾

La primera aproximación, correspondiente a la justicia distributiva, tiene como principal referente a J. Rawls, para quien la distribución debe ser de **bienes primarios** entendiendo a éstos como las cosas que necesitan los ciudadanos en tanto personas libres e iguales. Este autor identifica cinco tipos de bienes primarios: libertades básicas; la libertad de movimiento y trabajo; la posibilidad de ocupar posiciones de responsabilidad; Ingreso y riquezas; y Las bases sociales del auto-respeto.⁽³⁾

(2) MURILLO TORRECILLA, JAVIER y HERNANDEZ CASTILLA, REYES, "Hacia un concepto de justicia social", en *Revista iberoamericana sobre calidad, eficacia y cambio en educación*, n° 4, 2011, vol. 9, p. 6.

(3) RAWLS, JOHN, *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2001, p. 177.

Dentro de la justicia como distribución encontramos también a Amartya Sen, para quien la distribución debe ser principalmente de capacidades de libertad además de bienes primarios, ya que la justicia se encuentra en las libertades reales que gozan los individuos.⁽⁴⁾

A su entender, las exigencias individuales han de ser consideradas no por los medios sino por las libertades de que gozan realmente para elegir entre alternativos modos de vivir. Esta es la libertad real de una persona y se representa por su capacidad para conseguir combinaciones alternativas de realizaciones o "haceres" y "estares".⁽⁵⁾

Es decir, Sen (a diferencia de Rawls, quien busca los medios para lograr los fines deseados por los individuos) centra su búsqueda en la libertad real de las personas, concebida como la capacidad de lograr realizaciones, lo que constituye un fin para cada uno.⁽⁶⁾

Dicho autor expresa:

“Si la evaluación de la justicia distributiva nos requiere tomar nota de las oportunidades reales de un individuo para la búsqueda de sus objetivos, entonces no es adecuado concentrar la atención en los ingresos, o los bienes primarios, o sólo los placeres y deseos. Las verdaderas capacidades de una persona deben, directa o indirectamente, ser contabilizadas con las desventajas y problemas de un individuo. Esto es debido a que algunos de nosotros hemos pensado que es necesario ir más allá de las teorías de justicia más viejas, y de enfocarse en las capacidades por sí mismas cuando se evalúa la justicia distributiva y lo justo”.⁽⁷⁾

(4) SEN, AMARTYA, *Inequality reexamined*, Oxford University Press, 1992.

(5) SEN, AMARTYA, *Inequality reexamined*, Oxford University Press, 1992, citado por Javier Murillo Torrecilla y Reyes Hernández Castilla, *op. cit.*, p. 7.

(6) Si bien Sen acepta parcialmente la teoría de Rawls la crítica al decir que: “Los recursos de que dispone una persona o los bienes que alguien tiene pueden ser indicadores muy imperfectos de la libertad de que realmente disfruta la persona para hacer esto o ser aquello (...) las características personales y sociales de distintas personas, que pueden variar ampliamente, pueden llevarnos a variaciones interpersonales, considerables en la transformación de recursos y bienes elementales, en realizaciones (...) El cambio de atención en la filosofía política contemporánea, tal como ocurre en las teorías de Rawls, hacia comparaciones interpersonales basadas en los recursos pueden verse claramente como un paso hacia una mayor atención a la libertad. Pero estos cambio son esencialmente insuficientes (SEN, AMARTYA, *op. cit.*, pp. 51/52).

(7) SEN, AMARTYA, *Rationality and Freedom*, Cambridge, Harvard University Press, 2002, p. 5.

También puede agregarse la visión complementaria al enfoque de las capacidades de Nussbaum, quien si bien parte de los postulados de Rawls en su libro *Las fronteras de la justicia*, los critica a partir de tres elementos que en Rawls se dejan de lado (según la autora, los tres problemas no resueltos de la justicia): la justicia hacia las personas con discapacidad, a las relaciones internacionales y al tratamiento de los animales no humanos. Por ejemplo, critica el contractualismo rawlsiano que toma como punto de partida la **posición original** de todos los individuos en tanto que ésta excluye a las personas con discapacidad, ya que exige que las personas que, para negociar tengan dotes y facultades personales dentro de los márgenes de normalidad.

Para esta autora, la esencia del enfoque de las capacidades es considerar a las dimensiones fundamentales de la vida de las personas como el criterio fundamental de la justicia social. El ordenamiento económico, social y jurídico es justo o injusto no por ser objeto de un contrato original, sino por facilitar a las personas las capacidades básicas para llevar una vida plena, a partir de sus necesidades y características personales.⁽⁸⁾

La segunda aproximación al concepto de justicia contemporáneo es la llamada justicia relacional, entendiéndola como ausencia de dominación cultural, no reconocimiento. Esta posición entiende que además de las reivindicaciones de justicia social (distribución más justa de bienes y recursos) son necesarias políticas de reconocimiento; ya que si no hay reconocimiento, hay dominación.⁽⁹⁾

De esta manera, se entiende a la justicia como reconocimiento cultural del otro, se coloca el reconocimiento en el centro pero sin caer en la antítesis, ya que es necesario coordinar las políticas de redistribución con las de reconocimiento.⁽¹⁰⁾

(8) NUSSBAUM, MARTHA, *Frontiers of justice: Disability, nationality, Species Membership*, Harvard University Press, 2006, citado por Javier Murillo Torrecilla y Reyes Hernández Castilla, *op. cit.*, p. 7.

(9) El término "reconocimiento" está ligado a la fenomenología de la conciencia ya que el reconocimiento señala una relación recíproca ideal entre personas, en la que cada uno contempla al otro como su igual y a, su vez, como separado de sí mismo. Esta relación se compone de la subjetividad: donde cada uno se convierte en ser individual sólo en la medida en que reconoce al otro sujeto y es reconocido por él. Ver MURILLO TORRECILLA, JAVIER y HERNÁNDEZ CASTILLA, REYES, *op. cit.*, p. 8.

(10) FRASER, NANCY, *Justice Interruptus: Critical Reflections on the "Postsocialist" Condition*, 1997.

La tercera aproximación es la de justicia como participación, para la cual justicia implica la promoción del acceso y la equidad de todas las personas para asegurar su plena participación en la vida social, sobre todo para aquellos que han sido excluidos por razones de etnia, edad, género, habilidad física, mental, etc.

Esta aproximación entiende que la distribución de **bienes primarios** no es suficiente y es necesario distribuir otros bienes asociados como la igualdad de oportunidades, el acceso al poder, la posibilidad de participar en diferentes espacios públicos, o el acceso al conocimiento. En este sentido, A. Honeth advierte que la minusvaloración de las personas está íntimamente ligada con la participación democrática.⁽¹¹⁾

4. La fundamentación ética a los derechos humanos

Los derechos consagrados en el llamado **núcleo duro** de los derechos humanos⁽¹²⁾ constituye una condición de validez necesaria para la creación de justicia, es decir, el reconocimiento y la efectivización de los derechos humanos implica justicia.

La fundamentación de los derechos humanos puede abordarse desde distintos aspectos tales como el histórico, el político, el filosófico o el ético, siendo todas estas aproximaciones igualmente válidas ya que no existe un abordaje absoluto, puesto que ello llevaría a una comprensión reduccionista de los derechos humanos.

En el presente trabajo, sin perjuicio de aceptar los diversos abordajes arriba mencionados, tomaremos la aproximación ética de los derechos humanos por ser la más amplia desde nuestro punto de vista y las más cercana al concepto de realización social.

La aproximación ética a los derechos humanos se centra en la fundamentación axiológica o valorativa fundadora de estos derechos, en tanto morales, íntimamente ligados a la idea rectora de dignidad humana.⁽¹³⁾

(11) HONNETH, AXEL, *Unsichtbarkeit. Stationen einer Theorie der Intersubjektivität*, Frankfurt. 2003.

(12) Conformado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Carta de ONU, el Pacto de derechos civiles y políticos y el Pacto de derecho económicos sociales y culturales.

(13) La aproximación a derechos humanos como derechos morales implica comprenderlos no como derechos positivos en un sentido técnico-jurídico sino además como derechos que implican una concepción de justicia implícita, es decir, esos derechos implican razones que actúan como legitimación de los criterios de validez adoptados por quienes

La apreciación desde la ética tiene íntima relación con la concepción de los derechos humanos como manifestación de la dignidad humana; cuestión que debe tenerse en cuenta para determinar su alcance. La dignidad humana debe ser entendida como valor en sí mismo, disociado de su relación con el concepto de naturaleza humana y como límite de lo que debemos entender como derechos morales.

El concepto de dignidad humana no está exento de problemas, la determinación de qué derechos humanos son inherentes a la dignidad humana o la determinación del grado que implica una violación a la dignidad humana, presentan controversias no resueltas aún.⁽¹⁴⁾

Por ello, nos adherimos al concepto de derechos humanos como aquellos que protegen la dignidad de la persona humana, y sus valores derivados (libertad e igualdad), a través de la efectiva y plena satisfacción de sus ne-

los aceptan. En otras palabras, el aspecto moral sería el fundamento de los derechos humanos técnicamente positivados. No obstante, esta posición implica una problemática en relación al mínimo de justicia de cada derecho. Al respecto se ha dicho "Los derechos humanos como derechos morales no son sino el fundamento de los derechos humanos reconocidos positivamente, en tanto que en esta última situación aquéllos constituyen el mínimo que afecta por igual a quienes aceptan. Y es desde ese mínimo que cabe reivindicar el cambio o la profundización de los derechos ya reconocidos, pero también la inclusión de otros nuevos. La dificultad radica, indudablemente, en llegar a concluir cuál sea ese mínimo". Ver GIMENEZ, JOSÉ, "La fundamentación de los derechos humanos. Los derechos humanos como derechos morales", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 1, Universidad de Granada, 1998, Ver texto en: http://www.uv.es/CEFD/Index_1.html Puede verse también RUIZ, ALFONSO, "Los derechos humanos como derechos morales", en *Anuario de derechos humanos*, n° 6, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1990, p. 149.

(14) WLASIC, JUAN, *Manual Crítico de Derechos Humanos*, La Ley, 2006, p. 16. La aproximación ética a los derechos humanos que tiene como centro la dignidad humana encuentra correlato en los trabajos de M. Nussbaum antes referidos, quien establece diez capacidades básicas para llevar una vida plena a partir de las propias necesidades y características personales. Las capacidades referidas por Nussbaum son: **Vida**: toda persona debería ser capaz de llevar una vida de duración normal; **Salud corporal**: tener adecuadas condiciones de salud, alimentación y vivienda; **Integridad corporal**: Gozar de libertad de movimientos y seguridad; **Sentidos**: Imaginación y pensamiento: recibir una educación que permita desarrollar estas capacidades y un ambiente de libertad para manifestar gustos y creencias; **Emociones**: Capacidad de amar, de estar agradecido en las diversas formas de asociación humana; **Razón práctica**: Ser capaz de formular una concepción del bien y un plan de vida; **Afiliación**: Capacidad de vivir con otros, de establecer relaciones sociales, de ser respetado y no discriminado; **Otras especies**: Ser capaz de respetar a los animales, las plantas y demás especies del mundo natura; **Juego**: Ser capaz de jugar y reír; y **Control sobre el propio ambiente**. Ver GOUGH, IAN, "El enfoque de las capacidades de M. Nussbaum: un análisis comparado con nuestra teoría de las necesidades humanas", en *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, n° 100, CIP-Ecosocial/Icaria, invierno 2007/08. Ver texto en: <http://www.otrodesarrollo.com/desarrollohumano/GoughEnfoqueCapacidadesNusbaum.pdf>

cesidades, tanto físicas y psíquicas como morales, lo que implica características y principios propios de carácter general y normas jurídicas básicas de protección.⁽¹⁵⁾

4.1. Los derechos económicos, sociales y culturales

Los derechos humanos tienen características propias de universalidad e imperatividad, indivisibilidad e interdependencia, lo que los hace un conjunto de derechos aplicables a todas las personas, sin posibilidad de jerarquización y selectividad interna en cuanto a los derechos humanos a proteger, ni en cuanto al sujeto pasivo de la protección, que lleve a una fragmentación, ya que son integrales y están relacionados íntimamente unos con otros.⁽¹⁶⁾

No obstante su carácter indivisible, una de las clasificaciones más importantes que existe en el ámbito de los derechos humanos es la que distingue entre “derechos civiles y políticos” y “derechos económicos, sociales y culturales”, distinción que lamentablemente ha llevado a cierta escisión.

Esta fragmentación, que implica abordar a los derechos civiles y políticos como derechos con características distintas a los económicos, sociales y culturales, no encuentra asidero jurídico puesto que todos los derechos humanos son exigibles, efectivos y responden a la misma naturaleza jurídica y, por ende, pasibles de igual tratamiento jurídico.⁽¹⁷⁾

Aunque en la realidad (en relación a los derechos económicos, sociales y culturales) se ha relativizado la obligación de asegurar su cumplimiento, lo que se observa en los límites a una revisión jurisdiccional (justiciabilidad) en los ordenamientos internos.⁽¹⁸⁾

(15) WLASIC, JUAN, *op. cit.*, p. 30.

(16) Así lo ha entendido la Corte IDH en sucesivo fallos. Podemos citar: “De conformidad con el art. 1.1 de la Convención los Estados Partes están obligados a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”. Ver “Caso Caballero Delgado y Santana”, 08/10/1995, párr. 55. No obstante, reconocemos la existencia de doctrina en contra.

(17) El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art. 2.1 asigna a estos derechos el carácter progresivo que implica el compromiso del Estado de lograr progresivamente la plena efectividad en la medida de los recursos económicos disponibles hasta el máximo de los recursos que disponga.

(18) ANTONIO REMIRO y otros, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, p. 1184.

5. El concepto de realización social como categoría dentro de la teoría de justicia de Sen

El concepto de **realización social** en tanto situaciones concretas mediante las cuales, a través de una acción, una situación injusta se vuelve más justa, está presente en la teoría de justicia comparativa de Sen; pero para abordarla, primero haremos una referencia a la teoría de justicia que ha estado en el centro durante las últimas décadas: la teoría trascendental de Rawls.

5.1. La teoría de justicia trascendental de Rawls

Rawls en su libro *Teoría de la Justicia* desarrolla una teoría filosófica de la justicia como base de los derechos y obligaciones políticos, donde coloca como sujeto central a las instituciones; y en segundo lugar, a las estructuras básicas de las sociedades modelos, a las que él llama avanzadas.

Tradicionalmente, en filosofía política se ha dado un debate entre dos teorías; por un lado, el utilitarismo y, por el otro, el intuicionismo. Así, Rawls con su teoría intentó un abordaje intermedio proponiendo su idea de justicia como equidad, concediendo prioridad al **deber** por sobre los **bienes**.

La idea de justicia como equidad busca representar los elementos de la justicia para una sociedad modelo; y con ese objetivo, parte del establecimiento de principios fundamentales. Para poder llegar a determinarlos, Rawls piensa en principios que sean aceptados por un conjunto de seres racionales en una situación de igualdad inicial. Esta situación supone que los sujetos pueden ponerse de acuerdo y decidir imparcialmente, a su vez, esta imparcialidad (equidad) va a hacer que los individuos racionales y desinteresados tomen una decisión justa (justicia) que decidirán imparcialmente. Esta llamada **situación inicial**, donde los que intervienen tienen un velo de ignorancia, mediante el cual (imaginariamente) se despojan de todos los aspectos de su existencia (estatus social, vivencias, etc.), garantiza la imparcialidad.

Una vez en esta posición, Rawls formula sus dos principios fundamentales de justicia que tendrá en cuenta para la aplicación de criterios justos:

1. Toda persona tiene el mismo derecho a un régimen plenamente suficiente de libertades básicas iguales, que sea compatible con un régimen similar de libertades para todos.
2. Las desigualdades sociales y económicas han de satisfacer dos condicionantes:
 - 1) Deben estar asociadas a cargo y posiciones abiertos a todos en las condicio-

nes de equitativa igualdad de oportunidades: y 2) Deben promover el máximo beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad.⁽¹⁹⁾

Estos principios de justicia serán el fundamento de una sociedad justa, universal y ontológicamente anterior a cualquier contingencia empírica.⁽²⁰⁾

Rawls también desarrolla el concepto de **bienes primarios**, que son los que las personas necesitan por el hecho de ser ciudadanos libres e iguales y miembros plenos de una sociedad con capacidad de colaboración.⁽²¹⁾

Una persona será más o menos favorecida en tanto tenga un mayor o menor acceso a los bienes primarios.⁽²²⁾

Los bienes primarios son aceptados sobre la base de una determinada concientización de la personalidad moral, la cual subyace a la teoría de la justicia como equidad de Rawls, ello implica que los seres de una sociedad **bien ordenada** deben concebirse a sí mismos como "moralmente libres" (lo que significa que pueden elegir en la forma que más les convenga), "moralmente iguales" (lo que implica que cada cual es capaz de entender la concepción pública de la justicia y colaborar con ella) y "capaces de cooperar".⁽²³⁾

De ahí surgen las dos potestades para determinar la libertad y la igualdad, tener un sentido del deber y de la justicia (potestad de ser razonable) y concebir y perseguir sus bienes particulares (potestad de ser racional). Ambas constituyen "la condición necesaria y suficiente para ser considerado un miembro pleno e igual de la sociedad en cuestiones de justicia política".⁽²⁴⁾

En la **posición original** que Rawls describe, a las partes no les mueve ninguna concepción previa del deber o de la justicia, están liberados de todas ellas y, por lo tanto, la justicia surge como resultado del procedimiento

(19) RAWLS, JOHN, *Sobre las libertades*, Paidós, 1990, p. 33.

(20) CAMPS, VICTORIA, "Introducción", en John Rawls, *op. cit.*, p. 23.

(21) Los bienes primarios que Rawls expresa son cinco: 1- Libertades básicas; 2- La libertad de movimiento y trabajo; 3- La posibilidad de ocupar posiciones de responsabilidad; 4- Ingreso y riquezas; y 5- Las bases sociales del autorespeto.

(22) RAWLS, JOHN, "Social Unity and primary goods", en Amartya Sen, Bernard Williams (comps.), *Utilitarianism and beyond*, Cambridge University Press, citado por Victoria Camps, *op. cit.*, p. 14.

(23) RAWLS, JOHN, "Kantian constructivism in moral theory", en *The Journal of Philosophy*, n° 9, setiembre 1980, vol. 77, pp. 515/572.

(24) RAWLS, JOHN, *Sobre las libertades*, *op. cit.*, p. 45.

(por lo que la teoría de Rawls es una justicia procedimental), pero sí les mueve el interés moral, es decir, la capacidad de ser equitativos, lo que se ve específicamente en la formulación de los **bienes primarios**.⁽²⁵⁾

5.2. La teoría de justicia comparativa de Sen

En su libro *La Idea de Justicia*, Amartya Sen apoyado en sus anteriores desarrollos sobre distribución de capacidades, desarrolla una teoría comparativa de la justicia en contraposición a la teoría trascendental de Rawls, que a diferencia de ésta última no busca ser aplicable en todo tiempo y en toda sociedad sino que coloca a la persona en situaciones reales concretas. Reformula la pregunta: ¿Cuáles serían las instituciones perfectamente justas? ¿Cómo debería promoverse la justicia? Poniendo el foco en las realizaciones reales de las sociedades estudiadas más que en sus instituciones y reglas.⁽²⁶⁾

Sen critica a las teorías transcendentales, en primer lugar, porque no son factibles ya que aun bajo las estrictas condiciones de imparcialidad y escrutinio razonable (que se prescriben para la **posición original** de Rawls) puede no haber consenso razonado. Y, en segundo lugar, por ser redundantes ya que un ejercicio de razón práctica como es el que exige Rawls para elegir la situación de justicia ideal no puede hacerse mediante la identificación de una situación perfecta (que posiblemente no esté disponible), sino que se necesita un esquema para comparar las diversas posibilidades de justicia y escoger según las alternativas factibles, lo que justifica, según Sen, el abordaje del concepto de justicia a través de una justicia comparativa.

Sen remarca la necesidad de enfocarse en las realizaciones y conquistas reales (en lugar del definir lo que puede identificarse como las instituciones y reglas concretas) a partir del análisis de las realizaciones sociales (y no solamente centrarse en esquemas organizacionales).

Busca así incrementar la justicia existente sin pretender una aplicación universal de ella (que resulta probablemente impracticable). Es, en definitiva, una teoría filosófica que invita a la acción concreta, tratando de reducir circunstancias injustas en casos concretos a través de acuerdos que se den en la discusión pública.

(25) CAMPS, VICTORIA, *op. cit.*, p. 16.

(26) SEN, AMARTYA, *La idea de la Justicia*, Taurus, 2011, p. 47.

5.3. El concepto de realización social como elemento de la teoría de la justicia de Sen

Como se dijo anteriormente, esta teoría busca elementos que ayuden a reducir la brecha de las injusticias en casos concretos y coloca en un lugar central a las realizaciones logradas en este sentido, utilizando para ello la idea de **realización social** entendiéndola como la realización de la justicia en el caso concreto.

Este concepto no es desarrollado completamente por el autor, sino que es mencionado de manera referencial, configurando así un llamado "concepto operatorio".⁽²⁷⁾

Existe un problema al tratar de definirlo puesto que implica preguntas complejas sobre cómo determinar si una situación es injusta, o si una acción o el reconocimiento de un derecho implicará una mayor justicia en un caso concreto. Estas preguntas pueden ser respondidas con cierto consenso en casos claros (por ejemplo, la mayoría de la gente estará de acuerdo con que es injusto matar) pero no habrá tal consenso en situaciones intermedias.

A pesar de los problemas para conceptualizar la idea de **realización social**, creemos que los derechos humanos son un claro ejemplo de derechos plenamente aceptados sobre lo que existe consenso, lo que implica que su aplicación volverá una situación injusta, un poco más justa.

Dentro de los derechos humanos encontramos a los derechos económicos sociales y culturales, los que en la realidad encuentran muchos problemas de aplicación sobre todo por su dificultad de operativizarlos dada la carencia de estructuras existentes y/o la falta de presupuesto de los Estados. No obstante, cuando estos derechos se efectivizan y se aplican a un caso concreto a través de un reconocimiento judicial, se está logrando una **realización social**, una situación menos injusta.

Esta **realización social** tiene un valor en sí mismo como fin propio de la existencia de los derechos humanos económicos, sociales y culturales. Así, el reconocimiento mediante el cual un tribunal analizando una situación

(27) "Conceptos operatorios" son aquellos que, oponiéndose a los conceptos temáticos, son utilizados por los autores sin definirlos expresamente, lo que permite que posteriormente sean completados o reinterpretados. Ver SCHILARDI, MARÍA DEL CARMEN, "La sombra de una filosofía: conceptos operatorios en la filosofía de Maurice Merleau Ponty", en Javier San Martín y Tomas Domingo Moratalla (coord.), *La imagen del ser humano: historia, literatura y hermenéutica*, 2011, pp. 356/364.

concreta decide efectivizar éstos derechos, genera una **realización social** en el sentido expuesto por la teoría comparativa.

6. Los fallos judiciales de reconocimiento de derechos humanos económicos, sociales y culturales como realizaciones sociales. Estudio a partir de un caso concreto

Recientemente, la Corte Suprema argentina emitió el fallo de fecha 24 de abril de 2012, donde reconoce la operatividad del derecho social a la vivienda a una madre con un hijo discapacitado a su cargo que estaba sin recursos y viviendo en la calle, manifestando la obligación del Estado de asegurarlo.⁽²⁸⁾

La base fáctica del fallo tiene a una señora de nacionalidad boliviana que desde el año 2000 vive en la ciudad de Buenos Aires y busca trabajo. En 2005, nació su hijo con una enfermedad que provoca una incapacidad motriz, visual, auditiva y social. Ambos se desvincularon del padre del niño y comenzaron a transitar diversos paradores y hogares hasta que, finalmente, quedaron viviendo en la calle. En esa situación, recurrió al Gobierno de la Ciudad para obtener la inclusión en el programa de subsidios regulado por el decreto 960/2008 y 167/2011 por el plazo de diez cuotas, tal como lo prevé la normativa mencionada. Vencido dicho plazo, pidió continuar con el beneficio, pero el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se negó con sustento en que no podía excederse el tope normativo allí fijado, lo que la condujo nuevamente a situación de desamparo.⁽²⁹⁾

La situación de desamparo que producía vivir en la calle y la ausencia de respuestas por parte del Estado, la llevó a interponer acción de amparo por sí y en representación de su hijo menor de edad contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, con el objeto de que ambos pudieran acceder a una vivienda adecuada y en condiciones dignas.⁽³⁰⁾

En el escrito considera que "... la demandada no reconocía su derecho a un techo pues les había negado la inclusión en alguno de los programas

(28) Fallo CSJN, "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo". Ver texto en: http://www1.infojus.gov.ar/jurisprudencia/FA12000045-SUA0072931-q_gobierno_amparo-federal-2012.htm?2

Recientemente, diversos fallos de Cortes locales han seguido esta línea, puede verse como ejemplo, "Moser, Carlos Luis s/Amparo s/ Apelación", expte. N° 25889/12, STJ.

(29) Considerandos 1 al 3 del voto de la Dra. Argibay.

(30) Considerandos 1 a 5 del voto de la Dra. Argibay.

habitacionales vigentes, a pesar de persistir en situación de emergencia habitacional..." y como medida cautelar solicitó "...que los incorporase en alguno de ellos, solución que de consistir en un subsidio permitiese abonar en forma íntegra el valor del alojamiento..." y la inconstitucionalidad de los arts. 5 y 6 del decreto 690/2006, por establecer un monto de subsidio incompatible con el goce de un derecho a una solución habitacional adecuada.

En primera instancia, la jueza en lo contencioso administrativo y tributario, N° 12 de la Ciudad de Buenos Aires, hizo lugar a la medida cautelar solicitada y ordenó a la demandada que incluyera a la familia de la actora en "un programa de emergencia habitacional que asegure la unidad del grupo familiar" y que permita costear una vivienda.

La decisión fue ratificada en segunda instancia donde la sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario dijo que

el "...Estado local se encuentra alcanzado por numerosas normas que consagran el derecho a la vivienda y le imponen el deber de hacer. Que resulta fundamental en el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto prevé que cada uno de los Estados partes se compromete a adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

Y que, constatada la situación de emergencia habitacional de la actora y su hijo, corresponde otorgar certeza a la cobertura que brinda auxilio económico al grupo familiar de la demandante.⁽³¹⁾

Finalmente, el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires rechazó la petición de la demandante e hizo lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires revocando el fallo y reenviando la causa a la Cámara de Apelaciones que intervino para que resuelva acorde al mismo. El Tribunal Superior dijo que el derecho a vivienda

"...no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda, los subsidios son medios paliativos que pueden

(31) Ver Considerando 4 del voto de la Dra. Argibay.

ostentar carácter parcial y temporario sin que corresponda a los jueces asignarlos aunque a ellos toca asegurar que esa asignación respete las prioridades previstas en el art. 31 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, pudiendo presumirse que la vigencia del beneficio debe mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen” y que “no existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional. Sí, en cambio, para que el universo de destinatarios a quienes el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires debe asistir, pueda requerir cobertura habitacional indispensable, sea a través de hogares o paradores”.

Dicho pronunciamiento originó el recurso extraordinario ante la Corte Suprema, con el argumento central de que la interpretación que hace el Tribunal Superior desconoce el verdadero alcance, contenido y naturaleza operativa en el orden nacional e internacional del derecho a la vivienda.

Ello debido a que dicho Tribunal le asigna al principio de progresividad un alcance restrictivo que ignora el umbral mínimo para que el ciudadano goce del referido derecho y que impide la evaluación sobre el máximo esfuerzo que debe realizar el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para lograr, con los recursos disponibles, la plena efectividad del derecho a vivienda reclamado.⁽³²⁾

En su fallo, la Corte Suprema, determina en primer lugar la legislación mediante la cual va a resolver la controversia: la Constitución Argentina (art. 14 bis), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. XI), la Convención Sobre los Derechos del Niño (art. 24 y art. 27.1), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 7 ap. 1 y 2), la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad (art. 3) y, finalmente, la Constitución de Buenos Aires (art. 31).

(32) Ver Considerando 3 del voto mayoritario.

Luego, advierte que los derechos económicos sociales y culturales no son meras declaraciones, sino normas “operativas con vocación de efectividad”. En ese contexto, se sostiene que “garantizar” significa “mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas”.⁽³³⁾

La Corte establece que la operatividad de las normas de derechos económicos, sociales y culturales tienen un carácter derivado en la medida que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado y este grado de operatividad significa, en principio, que su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que la promueva.⁽³⁴⁾

Estas obligaciones de hacer con operatividad derivada a cargo del Estado están sujetas al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial, y lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que “manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el más alto nivel compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos”.⁽³⁵⁾

El Tribunal hace lugar a la demanda y establece que el derecho a vivienda debe garantizarse en el caso concreto porque “sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad”. Interpretación que “permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces”.⁽³⁶⁾

(33) La Corte cita aquí la Observación General N° 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los que considera aplicables ya que son “condiciones de vigencia” de los Pactos “incorporados” a la CN. Ver Considerando 10 del voto mayoritario.

(34) Ver Considerando 11 del voto mayoritario.

(35) RAWLS, JOHN, *A theory of Justice*, Harvard College, 1971, citado en el Considerando 12 voto mayoritario.

(36) Ver Considerando 12 del voto mayoritario.

7. Conclusión

Si bien los derechos humanos económicos, sociales y culturales enfrentan obstáculos mayores que los derechos civiles y políticos, la efectivización de ellos implica un aumento de justicia o una reducción de injusticia en un caso concreto, una **realización social** en el sentido de A. Sen.

El caso que hemos expuesto representa un claro ejemplo de **realización social** en dicho sentido, logrado a través de un fallo judicial en el cual se efectiviza el derecho a la vivienda de manera plena.

La dificultad de la concesión de los DESC salta a la vista sobre todo por la limitación presupuestaria y el gasto que implica a las arcas públicas. Esa discusión debe seguir adelante, en busca de criterios de equilibrio que mantengan las finanzas de los Estados sin descuidar la efectivización de los DESC.⁽³⁷⁾

Resulta interesante el razonamiento con el que la Corte sustenta su capacidad de controlar la razonabilidad de la protección de los DESC invocando la teoría de justicia como equidad de Rawls que implica: "desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos".⁽³⁸⁾

A pesar de la importancia que representa la existencia de una teoría trascendental de la justicia que pueda aplicarse a lo largo del tiempo y en toda sociedad, una teoría comparativa resalta la gran relevancia de las realizaciones sociales concretas.

(37) Ver Considerando 13 del voto mayoritario: "es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno".

También resulta válido afirmar que "Existe aquí una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos...".

Por último, el aspecto del voto particular del Juez Petracchi, en el cual en concordancia con el voto mayoritario que sostenía "el hecho de que los recursos sean limitados no constituye en sí mismo una justificación para no adoptar medidas", va más allá al colocar la carga de la prueba en cabeza del Estado, toda vez que es el mismo Estado quien está encargado de demostrar que efectivamente no posee recursos o que no puede redistribuirlos para atender a la demanda. Ver Considerando 17 voto Juez Petracchi.

(38) Dicho de otro modo, el principio de libertad más el principio de diferencia es igual a la idea de justicia como equidad. Ver Considerando 12 del voto mayoritario.

En este esquema, los fallos judiciales de reconocimiento de derechos humanos económicos, sociales y culturales como el reseñado, ocupan un lugar central ya que son instrumentos de realización social efectiva que hacen menos injusta una situación concreta, lo que, dicho de otra manera, es contribuir a una sociedad más justa.



El control difuso de convencionalidad en su modalidad constructiva

La “interpretación conforme” de las normas internas a la CADH

AGUSTÍN F. PUPPIO⁽¹⁾



Palabras clave: control de convencionalidad, interpretación conforme-proceso penal.

Resumen

La presente ponencia abordará el denominado control de convencionalidad en una de sus modalidades de ejercicio, que podría denominarse constructiva (o también armonizante) y que se identifica con la denominada “interpretación conforme” de las normas locales a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). A lo largo del trabajo, se conceptualizará la doctrina del control de convencionalidad, no sin hacer mención de algunos de los debates y desacuerdos que se plantean en torno de ella; se analizará, a través de casos, la forma concreta en que opera (y podría operar) la modalidad constructiva que aquel control en materia procesal penal en el ámbito federal y, finalmente, se concluirá sobre la necesidad de consolidar este mecanismo de control para asegurar

(1) Abogado (Universidad Nacional de Tucumán). Especialista en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales (Universidad de Castilla-La Mancha, España). Becario doctoral del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Tucumán.

la eficacia y la vigencia de los derechos humanos y así afianzar el Estado constitucional y convencional de derecho.

1. Introducción

La doctrina del control difuso de convencionalidad, creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IHD), ha sido recepcionada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y su aplicación por parte de los tribunales inferiores está comenzando lentamente a adquirir algún vigor. Por cierto, el ejercicio del control de convencionalidad por parte de los tribunales nacionales se presenta no sin aspectos problemáticos o controvertidos, referidos en especial al valor de la jurisprudencia internacional y su carácter vinculante para aquellos Estados parte ajenos al litigio puntual en el que se sentó el precedente.⁽²⁾

En el presente trabajo, comenzaré por hacer algunas (breves) precisiones respecto del contenido y alcance de la doctrina del control difuso de convencionalidad, dentro de lo cual también efectuaré referencias a algunos debates —particularmente doctrinarias— en torno a esta forma de control. Seguidamente distinguiré, utilizando la terminología de Sagüés,⁽³⁾ los dos tipos de modalidades que puede asumir el control difuso de convencionalidad: represivo y constructivo. La última parte estará destinada al examen de algunos casos que muestran cómo opera (y podría operar) el tipo constructivo de control de convencionalidad en la materia procesal penal, que se ha visto especialmente influenciada por el derecho internacional de los derechos humanos y su “constitucionalización” o recepción en derecho constitucional.

2. La doctrina del control difuso de convencionalidad: algunas claves, controversias e interrogantes

Bien es sabido que el primer caso contencioso donde el pleno de la Corte IDH utiliza la expresión “control de convencionalidad” es en “Almonacid

(2) Sobre este tema, ver SAGÜÉS, N., “Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2010-D, 1247; GELLÍ, M. A., “El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso Bayarri en un dictamen de la Procuración General de la Nación”, en *Revista Jurídica La Ley*, 01/06/2010; BIANCHI, A., “Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad”, en *Revista Jurídica La Ley*, Suplemento Constitucional, 27/9/10.

(3) SAGÜÉS, N., *op. cit.*, p. 2.

Arellano y otros vs. Gobierno de Chile", de fecha 26 de septiembre de 2006, haciéndolo en los siguientes términos:

"La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".⁽⁴⁾

De este modo, la Corte IDH ha nombrado con la frase "control de convencionalidad" a la tarea de cotejar la normativa internacional a la que, por voluntad soberana propia un Estado, se ha obligado ante el resto de los Estados y la comunidad internacional a cumplir con el ordenamiento normativo local. Dos notas importantes rescato de la doctrina tal como fue enunciada allí: (1) se destaca el deber de los jueces nacionales de ejercer esta "especie" de control de convencionalidad en todos los casos que lleguen a su conocimiento y decisión; (2) en esta "especie" de control de convencionalidad, el material controlante se integrará, además de las normas convencionales, con la interpretación que la Corte IDH haga de ellas. Con ello ha comenzado a deslindarse conceptualmente el control "concentrado" de convencionalidad que realiza la Corte IDH y un control "difuso" a cargo de los jueces en sede nacional.⁽⁵⁾

(4) Si bien, como precisé, ésta fue la primera oportunidad en la que la totalidad de los integrantes de la Corte IDH usan la expresión "control de convencionalidad", antes había sido plasmada en los votos razonados individuales del magistrado Sergio García Ramírez en "Myrna Mack Chang vs. Guatemala", del 25/11/2003, en "Tibi vs. Ecuador", del 07/09/2004 y en "López Álvarez vs. Honduras", del 01/02/2006.

(5) FERRER MAC-GREGOR, E., "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", en Héctor Fix-Zamudio y Diego Valadés (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, México, p. 151/188.

Inmediatamente después, en la sentencia dictada en "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", del 24/11/2006, la Corte avanza en la precisión de los contornos de la doctrina en dos sentidos: (1) declarando qué control (ya no habla de "especie" de control) debe ejercerse de oficio por los jueces nacionales; (2) aunque siempre "...en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes..." como así también considerando "...otros supuestos formales y materiales de admisibilidad de este tipo de acciones..."⁽⁶⁾

En esto consiste, en esencia, el denominado control difuso de convencionalidad, a lo cual cabe agregar algunas precisiones y delimitaciones conceptuales:

- No obstante la expresión utilizada por el aludido tribunal internacional que implicaría, en apariencia, una obligación limitada, sólo a tener en cuenta su jurisprudencia, se ha sostenido que (1) "...al ser la Corte IDH el órgano jurisdiccional internacional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuya función esencial es la aplicación e interpretación de la Convención Americana, sus interpretaciones adquieren el mismo grado de eficacia del texto convencional..." y que (2) el juez nacional "...debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal Interamericano realiza del *corpus iuris* interamericano con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad"⁽⁷⁾. Esto ha sido considerado como una "interpretación mutativa por adición" del Pacto de San José de Costa Rica desde que, en su texto, el cumplimiento de los fallos de la Corte IDH se encuentra limitado a aquellos Estados que fueron parte en el litigio (art. 68.1).

(6) Párrafo N° 128: "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones". Sin variantes sustanciales, la doctrina ha sido reiterada en los casos "La Cantuta vs. Perú", del 29/11/2006; "Boyce y otros vs. Barbados", del 20/11/2007; "Heliodoro Portugal vs. Panamá", del 12/08/2008, y "Fermin Ramírez y Raxcasó Reyes vs. Guatemala", del 09/05/2008, entre otros.

(7) Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el caso CORTE IHD, "Cabrera García y Montiel Flores vs. México", 26/11/10, párrs. 51, 52 y 63.

- En una exégesis literal del párrafo 128 de la sentencia del caso “Trabajadores Cesados del Perú” bien podría afirmarse que, al hablar a secas de la “interpretación” —sin distinciones ni añadidos— que haga la Corte IDH de las cláusulas de la Convención, bien puede sostenerse que, en tal concepto, deben incluirse tanto las sentencias dictadas en los casos contenciosos cuanto las opiniones consultivas, medidas provisionales, supervisión de sentencias y solicitudes de interpretación, siempre que, en su contexto, el tribunal formalice tal actividad interpretativa del Pacto (u otros instrumentos).⁽⁸⁾
- El deber de acatamiento rige de modo exclusivo para las interpretaciones que haya hecho la Corte IDH, es decir, quedarían excluidas de una obligación de ese tipo las recomendaciones que realiza la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre cuyo valor se ha discutido en la doctrina, y la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha oscilado entre la doctrina de la no vinculatoriedad y la función de guía en la interpretación de los derechos. No obstante, en el ámbito nacional, según Hitters, los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema argentina han venido a dejar en claro que “...los Informes y las Opiniones de la Comisión constituyen criterios jurídicos valiosos de implementación y ordenación valorativa de las cláusulas del Pacto de Costa Rica, que deben ser tomadas en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno armonizadas con aquéllas...”.⁽⁹⁾ Por su parte, Gil Domínguez ha estimado que, a partir del precedente “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal” (Fallos 334:1387, año 2011), la Corte Suprema argentina extendió en general, a todos los informes y las observaciones de los organismos de aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, su vinculatoriedad al formar parte de las “condiciones de vigencia” de estos últimos a la que se refiere la frase constitucional del art. 75, inc. 22.⁽¹⁰⁾
- En relación a las normas controladas, la referencia de la Corte IDH a normas jurídicas internas en general y sin efectuar distingos permite colegir que deben ser objeto del control difuso de convencionalidad tanto las normas de alcance general como particular (las leyes en sentido formal y material, y los actos administrativos), e inclusive la propia Constitución del Estado.⁽¹¹⁾

(8) No todos los autores opinan de este modo en relación a la función consultiva de la Corte. Así, para Hitters las opiniones consultivas no son obligatorias o vinculantes en sentido estricto (tienen menor fuerza que las decisiones tomadas a raíz de su jurisdicción contenciosa), aunque les reconoce “efectos jurídicos innegables para todo el modelo regional” en virtud de la “autoridad moral y científica de la Corte IHD” (art. cit.).

(9) HITTERS, J., “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte IHD? Control de constitucionalidad y convencionalidad”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2008-E, 1169.

(10) GIL DOMÍNGUEZ, A., “Estado constitucional de derecho, principio de igualdad y de prohibición de toda discriminación y garantías eficaces”, en *Revista Jurídica La Ley*, 14/12/11.

(11) Según Sagüés, queda así definida la “supraconstitucionalidad” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Ver del citado autor “El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2009-B, 761).

Otros aspectos característicos del control difuso de convencionalidad han sido sistematizados y puestos en relieve por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado, al actuar como juez ad hoc en el caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”,⁽¹²⁾ que a continuación describiré a los efectos de completar el panorama sobre esta doctrina. Así, además de los enumerados arriba, el jurista mexicano destaca que:

- El parámetro de esta modalidad de control está constituida por el “bloque de convencionalidad” compuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte IDH, como así también por los protocolos adicionales y otros instrumentos internacionales por ella integrados al *corpus iuris* interamericano.⁽¹³⁾
- La privación de efectos jurídicos de la norma inconventional luego de operar el control difuso de convencionalidad, lo será con efectos retroactivos cuando ello sea necesario para lograr la plena efectividad del derecho o libertad conculcados, aunque advierte que éste no ha sido un criterio constante de la Corte IDH y depende del caso concreto.
- El fundamento jurídico del control difuso de convencionalidad se encuentra en el Pacto de San José de Costa Rica (arts. 1, 2 y 29)⁽¹⁴⁾ y en la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, en sus artículos (arts. 26 y 27) que consagran el deber de garantía, respeto y adopción de disposiciones de derecho interno en relación a los derechos consagrados en el Pacto⁽¹⁵⁾ y de los principios de derecho internacional de buena fe, del efecto útil de los tratados y del *pacta sunt servanda*.

(12) Ver nota 2.

(13) Ver el párrafo N° 3 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez en el citado caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”.

(14) Este último estipula: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados...”.

(15) Deber de garantía que también corresponde al Poder Judicial como se encargó de precisarlo la propia Corte IDH: “123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el art. 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el art. 1.1 de la Convención Americana” (“Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile”, de fecha 26/09/2006).

El control difuso de convencionalidad así perfilado y con estos caracteres ha procurado articularse al control de constitucionalidad clásico ejercido en los ámbitos nacionales por los jueces de los Estados no sin que se hayan generado o advertido algunas cuestiones problemáticas e interrogantes sobre los cuales es dable continuar trabajando. En el Estado constitucional de derecho argentino, entre los interrogantes o problemas de articulación e interpretación que plantea la doctrina podrían mencionarse a modo de ejemplo: i) la operatividad del control de oficio por parte de los jueces locales; ii) el valor de los precedentes de la Corte IDH o su grado de vinculatoriedad en los que el Estado argentino no fue parte (o incluso de aquéllos donde fue parte pero en un juicio distinto); iii) el valor o grado de vinculatoriedad de los informes y las recomendaciones del resto de los órganos encargados de la vigilancia de los instrumentos internacionales de derechos humanos como la CIHD (y de nuevo, entre aquéllos en los que no fue parte el Estado argentino y en los que sí fue parte); iv) si se trata de un control autónomo del control de constitucionalidad o, por el contrario, se ejerce en su marco.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo notables avances en la aplicación de la doctrina del control difuso de convencionalidad que fueron marcando las pautas a las respuestas a estos interrogantes, que demuestra en general, desde mi óptica, una clara tendencia aperturista a la jurisprudencia internacional en general destinada a reforzar este tipo de control en aras de intensificar la protección a la persona humana.⁽¹⁶⁾

3. El control de convencionalidad en sus modalidades "represivo" y "constructivo"

Echando mano de la terminología utilizada por Sagüés,⁽¹⁷⁾ cabe distinguir entre un control de convencionalidad de tipo represivo y otro de tipo constructivo, que también podría nombrarse también como armonizante.

De acuerdo con Ferrer Mac-Gregor en su destacado y enjundioso voto razonado en el caso "Cabrera García y Montiel Flores vs. México":

"...en los llamados sistemas 'difusos' de control de constitucionalidad donde todos los jueces tienen competencia para

(16) En tal sentido, los fallos "Videla Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo y otros s/ recurso de casación" (333:1657); "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la ciudad de Buenos Aires" (sentencia del 24/04/2012) y el citado "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal" (334:1387), entre los últimos.

(17) SAGÜES, N., "Dificultades operativas...", *op. cit.*, p. 2.

dejar de aplicar una ley al caso concreto por contravenir la Constitución nacional, el grado de 'control de convencionalidad' resulta de mayor alcance, al tener todos los jueces nacionales la atribución de inaplicar la norma inconvencional. Este supuesto es un grado intermedio de 'control', que operará sólo si no existe una posible 'interpretación conforme' de la normatividad nacional con el Pacto de San José (o de algunos otros tratados internacionales como veremos más adelante) y de la jurisprudencia convencional. A través de esta 'interpretación conforme' se salva la 'convencionalidad' de la norma interna. El grado de intensidad máximo del 'control de convencionalidad' se puede realizar por las altas jurisdicciones constitucionales...".⁽¹⁸⁾

Así, "En principio, corresponde a todos los jueces y órganos jurisdiccionales realizar una 'interpretación' de la norma nacional a la luz de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (y eventualmente de otros tratados), así como de la jurisprudencia de la Corte IDH y siempre con la regla interpretativa del principio *pro homine* a que refiere el art. 29 del Pacto de San José; en ese primer grado de intensidad se escogerá la interpretación conforme con los parámetros convencionales y, por consiguiente, se desecharán aquellas interpretaciones inconvencionales o que sean de menor efectividad en el goce y protección del derecho o libertad respectivo; existe, en este sentido, un parangón con la 'interpretación conforme' con la Constitución que realizan los jueces nacionales, especialmente los jueces constitucionales...".⁽¹⁹⁾

Esto "...requiere una actividad creativa para lograr la compatibilidad de la norma nacional conforme al parámetro convencional y así lograr la efectividad del derecho o libertad de que se trate, con los mayores alcances posibles en términos del principio *pro homine*".

En el marco de los actuales Estados constitucionales de derecho, signados por una Constitución que irradia su fuerza normativa vinculante a

(18) FERRER MAC-GREGOR, E., *op. cit.*, parágrafo 36.

(19) FERRER MAC-GREGOR, E., *ibid.*, parágrafo 41.

todo el ordenamiento jurídico y a todas las relaciones sociales, la interpretación conforme a la Constitución se erige como uno de sus principios cardinales y una de las condiciones del proceso de **constitucionalización**:

“La interpretación conforme es —nos dice Guastini— aquella que adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada, se entiende), eligiendo —frente a la doble posibilidad interpretativa— el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución. El efecto de tal interpretación es, obviamente, el de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional”.⁽²⁰⁾

En la Argentina, en virtud de la apertura constitucional del art. 74, inc. 22 al ordenamiento internacional en donde ciertos instrumentos de derechos humanos tienen, ya sea en forma originaria o derivada, el mismo rango que la Constitución Nacional, se ha ampliado el parámetro (o material controlante) para ejercer el control de constitucionalidad, puesto que en su marco debe operar lo que la Corte IDH denomina el control difuso de convencionalidad.

4. La interpretación de la normativa interna "conforme" al Pacto de San José de Costa Rica: algunas aplicaciones en materia procesal penal

No caben dudas de que el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos ha producido cambios tan hondos en los sistemas jurídicos al punto que, como se afirmó con absoluta justeza, "...hay que volver a pensar el derecho procesal penal después de la irrupción de los tratados internacionales...".⁽²¹⁾

En Argentina, este proceso, que adquirió particular énfasis a partir de la reforma de la Constitución Nacional operada en el año 1994, ha elevado a la jerarquía constitucional a una serie de instrumentos internacionales sobre derechos humanos y, a su vez, ha previsto que otros tratados sobre la materia puedan gozar de idéntico nivel con la aprobación de una mayo-

(20) GUASTINI, R., "La constitucionalización del ordenamiento jurídico" en Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2009, p. 56/57.

(21) ABREGÚ, MARTÍN, "Prólogo", en CAFFERATA NORES, J., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Bs. As., CELS-Ediciones del Puerto, 2000, p. IV.

ría especial del Congreso de la Nación (art. 75, inc. 22 CN). Así lo ha aceptado también nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al declarar:

“La reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones (considerandos 18 y 19 *in re* “Mazzeo”, Fallos 330:3248). Este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional”.⁽²²⁾

Entre esas cuestiones relevantes —que el derecho internacional de los derechos humanos, a través de la regla de reconocimiento constitucional argentina (art. 75, inc. 22 CN), obliga a pensar de una manera estructural distinta— está el sistema de enjuiciamiento penal, en particular por el surgimiento de un nuevo paradigma de debido proceso penal⁽²³⁾ que se identifica con proceso justo, es decir, no solamente como ajustado con la mera legalidad, sino en el sentido de establecer cuáles son las condiciones mínimas para la existencia de un proceso que respete la dignidad del hombre. En ese marco, la separación de las funciones estatales de juzgar y acusar (los principios de imparcialidad del juez y objetividad del fiscal) definen, en lo sustancial, el modelo de juzgamiento acusatorio.

Estos principios constitucionales y supranacionales entran en tensión con la legislación adjetiva nacional (el Código Procesal Penal de la Nación) que mantiene un sistema mixto de enjuiciamiento, esto es, inquisitivo y acusatorio, o también podría decirse que es estructuralmente inquisitivo con algunos matices —o remiendos— acusatorios, especialmente en la etapa de instrucción. De más está decir que es deseable que lo más pronto posible se opere una reforma estructural del Código que instaure en forma plena el sistema acusatorio, pero hasta tanto eso no ocurra, serán inevitables ciertos debates en torno a normas que están claramente inspiradas en el modelo inquisitivo.

(22) CSJN, “Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080”, del 25/08/2009.

(23) GARCÍA RAMÍREZ, S., Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, t. II, Montevideo, Honrad-Adenauer Stiftung, p. 5.

Sin embargo, es posible, pero además necesario y obligatorio constitucional y convencionalmente, avanzar en el camino de la eficacia y la operatividad de los principios constitucionales en el proceso penal mediante la interpretación conforme a la CADH.

De lo que se trata, en definitiva, es de que el ejercicio de un control de convencionalidad de tipo constructivo conforme a la CADH y siguiendo los criterios de la Corte IDH respecto de los principios que imperan en un modelo acusatorio de enjuiciamiento penal (imparcialidad, contradicción, inocencia, publicidad)⁽²⁴⁾ resulta ser una herramienta útil que implicará, en forma general, interpretar de manera restrictiva todas aquellas prerrogativas que signifiquen actividades investigativas o acusatorias del juez instructor y, a contrario, de manera amplia las que permitan al Fiscal desempeñar el rol de director de la investigación (p. ej., arts. 196, 188, 212, 213). Este mecanismo resulta en particular importante cuando existe un cuerpo legal, como el adjetivo federal, en donde muchos de sus preceptos aparecen en tensión con la normativa constitucional e internacional.

El conocido caso “Casal”⁽²⁵⁾ fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación puede ser interpretado en la línea de interpretación de la normativa nacional conforme a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH. Allí el tribunal desechó la interpretación restringida que había dado la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal sobre el recurso de casación entendiendo que la posibilidad de revisión de la sentencia debe ser amplia, y que:

“Dicho entendimiento se impone como resultado de (...) (c) que la interpretación limitada o amplia de la materia del recurso debe decidirse en favor de la segunda, por ser ésta la única compatible con lo dispuesto por la Constitución Nacional (inc. 22, del art. 75, arts. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); (d) ser también la única compatible con el criterio sentado en los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y en sentencia de la Corte IDH”.⁽²⁶⁾

(24) Ver GARCÍA RAMÍREZ, S., *ibid.*

(25) Fallos 328:3399.

(26) Considerando 34, voto de la mayoría.

En suma, "...la decisión recurrida viola la garantía de revisión integral resultante de la norma internacional incorporada a la Constitución, según la interpretación de la Corte Interamericana...".⁽²⁷⁾

En materia de excarcelación, también se ha notado una influencia del derecho internacional de los derechos humanos y de la interpretación convencional de las normas procesales que parecían impedir o poner límites al derecho de permanecer en libertad durante el proceso. Debe entenderse que la cuestión meramente objetiva de la pena en abstracto del delito que se endilga a un encausado no es óbice para la concreción de la excarcelación o exención de prisión. En tal sentido, se dijo:

"...tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional, luego de la reforma de 1994 y la incorporación a ella de una serie de declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos y el principio constitucional de la presunción de inocencia, han efectuado una interpretación totalmente diferente sobre la evaluación de esas pautas y la peligrosidad del imputado, lo que permite garantizar la libertad física del encausado durante el devenir del proceso penal...".⁽²⁸⁾

Por su parte, el plenario "Díaz Bessone" de la Cámara Nacional de Casación Penal recepcionó esta tendencia fijando criterios sustentados en resoluciones de organismos interamericanos y de la Corte IDH para interpretar los arts. 316 y 319 del CPPN.⁽²⁹⁾

Finalmente, mencionaré otro caso que, aunque no coincido con la solución final por una cuestión de interpretación, sirve como ejemplo de esta modalidad constructiva del control de convencionalidad. Se trata de la una sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal (Sala IV)⁽³⁰⁾ respecto de las decisiones revisables mediante el recurso de casación, ya que el art. 457 CPPN establece que este recurso podrá interponerse contra "...las sentencias definitivas y los autos que pongan fin a la acción penal o a la pena, o hagan imposible que continúen las actuaciones o denieguen

(27) Considerando 11, voto de Elena I. Highton de Nolasco.

(28) CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE TUCUMÁN, "Coop. Agropecuaria Unión y Progreso Lda.", Incidente de exención de prisión, N° 53.400/10, sentencia de fecha 24/08/2010.

(29) Ver EDWARDS, C., "El final de los delitos inexcrcelables y un nuevo interrogante ¿cuándo existe peligrosidad procesal?", en *Revista Jurídica La Ley*, 2008-F, 440.

(30) CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL, Sala IV, "Arevchatian, Gaguik s/ recurso de queja", sentencia del 27/10/2011.

la extinción, conmutación o suspensión de la pena...". Haciendo una interpretación manipulativa aditiva, ha entendido que dicho recurso también procede contra los denominados "autos importantes", ya que, de acuerdo al informe 17/94 de la Comisión ADH, éstos deben formar parte del recurso de casación, entendiendo que el auto de procesamiento reviste la calidad de "importante", se decide declarar mal denegado el recurso de casación por el tribunal a *quo*.

5. Conclusiones

En un sistema difuso de control de constitucionalidad, todos los jueces sin distinción de instancia ni fuero son jueces constitucionales, puesto que efectúan la revisión de las leyes bajo el parámetro de la Constitución; también deben realizar este análisis en función de la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación que del mismo hizo la Corte IDH, con lo cual se convierten, además y de modo complementario, en jueces convencionales.

En el Estado constitucional de derecho argentino, el control de convencionalidad se efectúa siempre en el marco del control de constitucionalidad en virtud de la regla de reconocimiento constitucional argentina (art. 75, inc. 22, CN).

El control de convencionalidad en su modalidad constructiva, es decir, aquél mediante el cual se efectúa una interpretación de la normativa nacional conforme a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH es la primera operación que les cabe a los jueces nacionales, en forma previa a un control represivo que implicará la declaración de inconstitucionalidad (por inconventionalidad) de la norma que siempre operará ante la imposibilidad de una "interpretación conforme".

El ordenamiento procesal federal se ha visto particularmente en tensión con principios del derecho internacional de los derechos humanos que impone una reforma a los fines de su adaptación y extensión del modelo (o principio) acusatorio a todas las etapas del proceso penal, partiendo de la instrucción. Hasta tanto ello suceda y, a los fines de resguardar las garantías y derechos que consagran los instrumentos internacionales de derechos humanos y las interpretaciones que de ellos han realizado los órganos del sistema universal e interamericano de derechos humanos, un control de convencionalidad constructivo se presenta como un mecanismo necesario para resguardarlos y preservar la dignidad de la persona.

Así, el control de convencionalidad, nos dice Ferrer Mac-Gregor:

“...contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico ‘diálogo jurisprudencial’ —entre los jueces nacionales y los interamericanos— seguramente se convertirá en el referente jurisprudencial para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas”.⁽³¹⁾

Referencias bibliográficas

- ALBANESE, S. (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008.
- BAZÁN, V., *El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial*, en *Revista Jurídica La Ley*, Actualidad, 01/02/2011.
- BIANCHI, A., “Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad”, en *Revista Jurídica La Ley*, Suplemento Constitucional, 27/09/2010.
- BIDART CAMPOS, G. y ALBANESE, S., “El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *JA*, 1999-II-357.
- FERRER MAC-GREGOR, E., “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Héctor Fix-Zamudio y Diego Valadés (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, El Colegio Nacional, UNAM, 2010.
- GARCÍA RAMÍREZ, S., “Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, Honrad-Adenauer Stiftung, 2006, t. II.
- GELLÍ, M. A., “El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso Bayarri en un dictamen de la Procuración General de la Nación”, en *Diario La Ley*, 01/06/2010.
- GIL DOMÍNGUEZ, A., *La regla de reconocimiento constitucional argentina*. Bs. As., Ed. Ediar, 2007.
- HITTERS, J., “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2008-E, p. 1169.
- SAGÜÉS, N., “Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2010-D, p. 1247.
- SAGÜÉS, N., “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2009-B, p. 761.



(31) FERRER MAC-GREGOR, E., *op. cit.*, parágrafo 88.

A comunicação de sistemas constitucionais para uma nova arquitetura jurídica do ambiente: breves notas sobre a Argentina, o Brasil e Portugal

BLEINE QUEIROZ CAÚLA⁽¹⁾ y BRUNA SOUZA PAULA⁽²⁾



“A efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais não depende apenas do Estado. Depende também de comunidades, grupos e associações, da capacidade de organização dos próprios interessados e do empenho participativo que ponham na acção. Pedir mais direitos não é o mesmo que reclamar mais interferência do Estado ou mais burocracia. Pelo contrário, pelo menos na lógica da Constituição portuguesa, pedir novos ou mais extensos direitos económicos, sociais e culturais equivale a pedir mais direitos de participação das pessoas e dos grupos sectoriais dentro da sociedade civil”.

**Jorge Miranda – Professor Catedrático
da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**

(1) Doutoranda em Direito - Área Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2008) sob a orientação do professor catedrático Doutor Jorge Miranda; Mestre em Administração de Empresas e Especialista em Direito Processual Civil pela UNIFOR; Advogada e Pedagoga. Assessora do Projeto Cidadania Ativa (2005-2008) agraciada com o V Prêmio Innovare 2008 categoria advocacia; Coordenadora do curso de Direito da UNIFOR (2011). Assessora Pedagógica (2010). Professora do curso de graduação e da Pós-graduação da UNIFOR.

(2) Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL. Especialização em Ciências Jurídico-Políticas pela FDUL e em Direito Processual

Palavras chave: comunicação do sistema constitucional, arquitetura jurídica, ambiente.

Resumo

Alhures já se vislumbrava uma retraída preocupação com o ambiente natural. A década de setenta registra o alerta para as autoridades para a premente mudança na forma de gestar o crescimento e o desenvolvimento e passa a exigir uma razoabilidade e proporcionalidade ambiental. A protagonista do constitucionalismo do ambiente foi a Conferência de Estocolmo. A partir dela eclode nos textos constitucionais a proteção do ambiente, porém a aplicabilidade dessas normas ainda está longínqua de atingir o status de eficiência e sustentabilidade. A irreversibilidade e a extraterritorialidade de grande parte dos danos ambientais demonstram que o aparato legislativo, com alta carga de valor repressivo e pouco preventivo, não é suficiente para frear os problemas econômicos-políticos-ambientais, pois estes exigem um diálogo mundial interdisciplinar e vislumbra uma maior comunicação de sistemas constitucionais na medida em que a resolutividade beneficia a todos na mesma proporcionalidade que a falta de solução prejudica o planeta. O presente artigo traz breves notas sobre o constitucionalismo do ambiente e a indispensável formação de uma nova arquitetura jurídica do ambiente a partir dos textos constitucionais da Argentina, Brasil e Portugal. Finaliza com algumas considerações conclusivas sobre essa temática. Este trabalho foi metodologicamente elaborado, através de pesquisa bibliográfica. Quanto ao tipo, a pesquisa é documental. Em se tratando da utilização dos resultados, ela é aplicada, tendo por finalidade intervir na realidade, buscando transformar os resultados obtidos em ações concretas. Quanto aos fins, é essencialmente descritiva e exploratória. O trabalho teve como marco teórico as concepções de Jorge Miranda (2007), José Carlos Barbieri (2006), Wagner Menezes (2003), Marcelo Neves (2010), Valério Mazzuoli (2004), José Afonso da Silva (2004), Carlos Santiago Nino (2005). Os chefes de Estados que optam em tergiversar com as obrigações pactuadas em sede de Convenção, Conferências, Acordo ou Protocolos Internacionais Ambientais sob o argumento de que as *Softs Laws* não criam direitos face a sua elevada carga de “intenções” e a pouca “precisão e sanção” esbarram na “falsa comodidade”

pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Assessora do Projeto Cidadania Ativa na Universidade de Fortaleza. Professora do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza.

que culmina em resultados pouco venturosos para a resolução e a mitigação dos problemas econômico-ambiental-político. O constitucionalismo do ambiente foi embalado pela “melodia” das Conferências Internacionais Ambientais, indispensáveis na sua essência, mas com pouca aplicabilidade em razão do seu caráter de *Soft Law*. A partir do constitucionalismo do ambiente é perceptível a existência de uma comunicação de sistemas constitucionais destinada à migração das experiências de proteção do ambiente. A Espanha (1978) e o Brasil (1988) espelharam a sua nova Carta Constitucional na Constituição da República Portuguesa (1976) em virtude da evolução do constitucionalismo entre estes países. Com relação ao Brasil e Portugal, separados pelo Atlântico, mas unidos por laços históricos e infinitamente mais relevantes, Jorge Miranda destaca que de certo modo pode-se falar numa família constitucional de língua portuguesa, tamanha é a proximidade das constituições entre Brasil, Portugal, alguns países africanos e o Timor Leste. A Constituição Argentina foi inspirada na Constituição dos Estados Unidos, adota o modelo representativo republicano e federal como forma de governo. A disseminação da comunicação entre as ordens jurídicas é relevante devido estas se confrontarem com problemas constitucionais semelhantes, notadamente os ambientais que transcendem a territorialidade e é intergeracional. A sociedade da incerteza e o desafio ambiental reclamam uma maior comunicação de sistemas jurídicos e a união de esforços para não intimidar a força normativa das Constituições na medida em que estas impõem a ordem e a segurança jurídica. Os resultados da pesquisa apontam que a comunicação de sistemas constitucionais pode ensejar a formação de uma “família constitucional ambiental” em que os interesses são comuns e os resultados globais.

1. Introdução

A inserção do constitucionalismo do ambiente aconteceu paulatinamente e impôs transformações no direito positivo e a interdisciplinaridade com outras ciências, notadamente Economia, Biologia, Sociologia. Alhures já se vislumbrava uma retraída preocupação com o ambiente natural.

Mudanças significativas no modelo de produção, principalmente dos bens de consumo que impulsionaram o mercado consumidor, foram sinalizadas no século XVIII. Contudo, o ambiente sofreu acentuado processo de degradação por força da relação de subserviência entre o homem e a natureza, cujas consequências negativas são indubitavelmente percebidas

a partir dos anos sessenta e alertaram as autoridades para a premente mudança na forma de gestar o crescimento e o desenvolvimento sob o prisma de uma razoabilidade e proporcionalidade ambiental.

No entanto, a irreversibilidade e a extraterritorialidade de grande parte dos danos e dos problemas ambientais demonstram que o aparato legislativo, com alta carga de valor repressivo e pouco preventivo, não é suficiente para frear os problemas econômicos-políticos-ambientais, pois estes exigem um diálogo mundial interdisciplinar e vislumbra uma maior comunicação de sistemas constitucionais na medida em que a resolutividade beneficia a todos na mesma proporcionalidade que a falta de solução prejudica o planeta.

Diante da crise da ordem ambiental planetária, os chefes de estados de várias nações foram pressionados a deliberar estratégias para o planejamento de gestão do ambiente que defina “o que e como fazer” para reverter o quadro de vulnerabilidade e conciliar crescimento, desenvolvimento e ambiente de forma eficiente e harmoniosa. O primeiro grande diálogo ambiental —Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente— foi sediado na capital da Suécia, Estocolmo, cujo legado foi a inserção da proteção do ambiente nos textos constitucionais da Argentina, Brasil, Espanha, Grécia e Portugal, voltada para a urgência de repensar uma consciência ecológica para o século XXI.

O presente artigo traz breves notas sobre o constitucionalismo do ambiente e a indispensável formação de uma nova arquitetura jurídica do ambiente a partir dos textos constitucionais da Argentina, Brasil e Portugal. E finaliza com algumas considerações conclusivas sobre essa temática.

1.1. A melodia do constitucionalismo do ambiente

A crise ambiental foi acirrada após a segunda guerra mundial.⁽³⁾ A Organização das Nações Unidas – ONU não mediu esforços em provocar os Estados para um diálogo ambiental e promoveu, em 1972, a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, na capital da Suécia,

(3) BARBIERI, JOSÉ C., (*Gestão ambiental empresarial: conceitos, modelos e instrumentos*, 2006) pontua que a Revolução Industrial é geralmente apontada como umas das principais causas dos problemas ambientais no Brasil e constitui um marco na intensificação da degradação dos recursos naturais sob o argumento de que a maior parcela das emissões de ácidos, gases e substâncias tóxicas tem sua origem em atividades industriais.

Estocolmo⁽⁴⁾ que está na vanguarda em termos de propulsora da inserção e consagração da proteção do ambiente nos textos constitucionais dos países signatários. Seu legado modelou as Constituições da Grécia (1975), Cuba (1976), Portugal (1976),⁽⁵⁾ da Espanha (1978), Chile (1981), Brasil (1988), Argentina (1994).

As novas descobertas e o anseio pela melhoria da *qualidade de vida* motivaram a exploração excessiva dos recursos naturais, sem refletir e ponderar as consequências ambientais, culminando em tragédias ecológicas irreversíveis e danosas à saúde dos seres vivos e da natureza. A partir daí, surgiram diversos movimentos ambientais e a crescente criação de Organizações Não-Governamentais com foco na questão ambiental. O grande protagonista da cidadania ambiental é o terceiro setor. O Estado e a sociedade civil ainda mantêm uma postura acomodada e uma permanente letargia nas ações propulsoras de um repensar a vida humana no planeta.

Os textos constitucionais ao proteger o ambiente travam o embate da interpretação dos conceitos metajurídicos,⁽⁶⁾ como biodiversidade, bioética, desenvolvimento sustentável, ecossistema, sociedade de risco, alterações climáticas e princípios ambientais informadores, bem como o caráter social da propriedade e a restrição à livre iniciativa, vinculada a uma ordem econômica pautada na defesa do meio ambiente.

(4) SILVA, JOSÉ AFONSO DA, (*Direito ambiental constitucional*, 2004, p. 59) esclarece que a Declaração de Estocolmo em 1972 surgiu da necessidade da cooperação internacional tendo em vista um número cada vez maior de problemas não exclusivos ao meio regional, mas também mundial, pois repercutem em um âmbito internacional comum que exige colaboração entre as nações.

(5) GOMES CANOTILHO (apud MIRANDA, Jorge. *A Constituição e o direito do ambiente*, 1994, p. 360) e Ney de Barros Bello Filho (*Teoria do direito e ecologia: apontamentos para um direito ambiental no século XXI*, 2002, p. 566) defendem que no ordenamento português, impera uma verdadeira Constituição do Ambiente com dimensão global e coerente que não consiste em simples pontualizações constitucionais, fragmentárias e assistemáticas. Essa Constituição é fruto da interpretação de toda a coletividade, e o preenchimento dos conceitos normativos deve ser orientado pelo modo de sentir, ver e pensar dos cidadãos.

(6) Pontua BENJAMIN, ANTÔNIO HERMAN (*Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira*. In: José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite (orgs), *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4.ed. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 78) que a ecologização do texto constitucional traz um certo sabor herético, deslocado das fórmulas antecedentes ao propor a receita solidarista – temporal e materialmente ampliada e, por isso, prisioneira de traços utópicos.

A elevação do ambiente sadio e ecologicamente equilibrado como um direito fundamental de terceira geração⁽⁷⁾ demanda uma solidariedade coletiva e intergeracional ou diacrônica. Quando se fala em direito de solidariedade cumpre ressaltar que conjuntamente, Estado, sociedade, empresas públicas e privadas, ONGs, terceiro setor têm o dever de cooperar, preservar, economizar, participar, economizar, recuperar, na conscientização de que o simples agir local pode prevenir a paz global.

A Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano⁽⁸⁾ deliberou vinte seis princípios norteadores da proteção ambiental. O Princípio nº 1 de Estocolmo,⁽⁹⁾ enuncia que o direito de viver com dignidade compreende o direito ao gozo do meio ambiente hígido: o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar, e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras.⁽¹⁰⁾

Na Conferência de Estocolmo⁽¹¹⁾ foi também consagrado o princípio da intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente.⁽¹²⁾ As insti-

(7) Acrescenta BONAVIDES, PAULO, (*Curso de direito constitucional*, 2008) que essa divisão dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões é meramente didática, pois uma geração não exclui a outra. Na realidade, há uma soma de direitos que se completam.

(8) Dentre os objetivos colimados pela Conferência, cumpre destacar a proteção do meio ambiente como questão fundamental que influi no bem-estar dos povos e no crescimento econômico de todos os Estados. Revela como um desejo urgente dos povos de todo o mundo e um dever de todos os governos. Desta feita, a melhora do meio ambiente é objetivo imperioso que a humanidade deverá perseguir, pois a que ser estabelecido uma paz entre o desenvolvimento econômico e o social.

(9) A cidade de Estocolmo foi escolhida pela Comissão Européia como a Capital Verde Européia em 2010.

(10) No entendimento de Valério de Oliveira Mazzuoli (*A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 97/123, abr./jun., 2004, p. 105), a Conferência de Estocolmo foi a propulsora de um novo paradigma ético para a comunidade internacional e um referencial à proteção internacional do direito fundamental do meio ambiente.

(11) Ver item 17 da Declaração de Estocolmo, de 1972.

(12) No mesmo sentido, (BENJAMIN, ANTÔNIO HERMAN, *Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira*. In: José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite (orgs), *Direito constitucional ambiental brasileiro*, 4.ed. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 94) quando afirma que a inserção da proteção ambiental na Constituição obriga a intervenção estatal em favor da manutenção e recuperação dos processos ecológicos essenciais, da proteção excepcional e pontual, passa-se à intervenção imposta e sistemática. A regulação estatal dispensa justificção legitimadora, como desastres naturais ou catástrofes

tuições nacionais têm a tarefa de planejar, administrar ou controlar a utilização dos recursos ambientais dos estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente, pois não havendo o equilíbrio ecológico, não existe vida.⁽¹³⁾ Tal entendimento vem confirmar o pressuposto de que a educação ambiental constitui o principal veículo para atingir o desenvolvimento sustentável, alicerçado na cidadania ambiental e mudança de comportamento da sociedade.

O Instituto de Tecnologia de Massachusetts - MIT encaminhou, nos anos 70, um relatório ao Clube de Roma,⁽¹⁴⁾ apresentando estudos estatísticos alarmantes sobre a condição de vida das futuras gerações, apontando que, inalteradas as taxas de crescimento da população, bem como da utilização de recursos naturais não-renováveis, da produção desenfreada de bens industriais e do aumento da poluição, o mundo caminharia para uma situação de cataclismos incontroláveis até a segunda metade do século XXI.⁽¹⁵⁾

Assinala Paulo de Bessa Antunes (2012) que a metodologia jurídico-ambiental é casuística e eclética, iluminada pela lei, pela jurisprudência e pela principiologia, para que se possa alcançar a solução mais justa. No trato das questões do entorno do ambiente, o jurista necessitará do auxílio da biologia, química, meteorologia e das ciências sociais para solucionar determinado problema que, aparentemente, está alicerçado em uma questão de cunho puramente jurídico.

Os chefes de Estados que optam em tergiversar com as obrigações pactuadas em sede de Convenção, Conferências, Acordo ou Protocolos Internacionais Ambientais sob o argumento de que as *Softs Laws*⁽¹⁶⁾ não criam

econômicas. Impera hoje uma ordem pública ambiental constitucionalizada em que a natureza é limitadamente e condicionavelmente explorada.

(13) No mesmo sentido, SILVA, JOSÉ AFONSO DA. (Direito ambiental constitucional, 2004, p. 70), corrobora ao afirmar que a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: a qualidade da vida.

(14) O Clube de Roma foi formado por intelectuais e empresários cujo objetivo consiste em encontrar solução para se atingir a sustentabilidade, merecendo destaque os seguintes problemas: o controle do crescimento populacional; o controle do crescimento industrial; a insuficiência da produção de alimentos; e o esgotamento de recursos naturais. .

(15) Essa estimativa prevê uma regressão à teoria defendida por Thomaz Robert Malthus, pessimista quanto ao futuro da humanidade e que responsabiliza o pobre pela degradação ambiental. Malthus defende que o crescimento populacional é maior do que o aumento de alimentos resultando em uma desproporção (In: BARBIERI, JOSÉ C., Gestão ambiental empresarial: conceitos, modelos e instrumentos, 2006).

(16) MENEZES, WAGNER (Direito internacional no cenário contemporâneo, Juruá, 2003, p. 76) pondera que as *Soft Laws* são documentos solenes derivados de foros internacionais, que

direitos devido a sua elevada carga de “intenções” e a pouca “precisão e sanção” esbarram na “falsa comodidade” que culmina em resultados pouco venturosos para a resolução e a mitigação dos problemas econômico-ambiental-político.

Anualmente, a Organização das Nações Unidas promove a Conferência das Partes —COP para discutir, dialogar e debater as soluções para o aquecimento global. Dezessete COPs foram promovidas pela ONU, sendo a última em Durban— África do Sul no ano de 2011. A COP18 acontecerá em novembro de 2012, no Qatar.

Os problemas ambientais são globais e intergeracionais e impedem medidas de urgência e o esforço para descobrir qual caminho percorrer para uma economia sustentável que mantenha a razoabilidade entre equilíbrio ecológico, políticas públicas, geração de empregos. James Lovelock (2006, p. 13) pondera que “somos perigosamente ignorantes de nossa própria ignorância, e poucas vezes tentamos ver as coisas como um todo”. Em sua opinião, o primeiro requisito é reconhecer a existência dos problemas, para depois entendê-los e extrair as conclusões corretas, e, na seqüência, tomar as providências necessárias e com resultados eficientes.

1.2. A comunicação de sistemas constitucionais: Argentina, Brasil e Portugal

A interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais ambientais exige do jurista um conhecimento metajurídico. O constitucionalismo do ambiente foi embalado pela “melodia” das Conferências Internacionais Ambientais, indispensáveis na sua essência, mas com pouca aplicabilidade em razão do seu caráter de Soft Law.

A partir do constitucionalismo do ambiente pode-se depreender a existência de uma comunicação de sistemas constitucionais destinada à migração das experiências de proteção do ambiente. Espanha e Brasil espelharam a sua nova Carta Constitucional na Constituição da República Portuguesa (1976) em virtude da evolução do constitucionalismo entre estes países.

têm fundamento no princípio da boa-fé, com conteúdo variável e não obrigatórios, que não vinculam seus signatários a sua observância, mas que por seu caráter e importância para o ordenamento da sociedade global, por refletirem princípios e concepções éticas e ideais, acabam por produzir repercussões no campo do direito internacional e também para o direito interno dos Estados.

Com relação ao Brasil e Portugal, separados pelo Atlântico, mas unidos por laços históricos e infinitamente mais relevantes, Jorge Miranda destaca que de certo modo pode-se falar numa família constitucional de língua portuguesa, tamanha é a proximidade das constituições entre Brasil, Portugal, alguns países africanos e o Timor Leste. É inconteste a constante circulação de ideias e contatos entre instituições de vários países, particularmente dentro do constitucionalismo democrático, obedecendo aos princípios da liberdade, expressão do poder e da representação política. As Constituições vão influenciando umas as outras por força de uma grande circulação de ideias, um grande movimento cultural e político formando “Famílias de Direito Constitucional”.⁽¹⁷⁾

A disseminação da comunicação entre as ordens jurídicas é relevante devido a estas se confrontarem com problemas constitucionais semelhantes, notadamente os ambientais. De acordo com Marcelo Neves “deve ser superado o debate de que um sistema constitucional está certo e outro está errado” e abrir um “debate transconstitucional”, ressalvadas as situações peculiares de cada Estado, cujos sistemas constitucionais supranacionais tratam uma mesma questão sob diferentes óticas.⁽¹⁸⁾

2. Argentina

Aprovada em 1º de maio de 1853, a Constituição Argentina foi inspirada na Constituição dos Estados Unidos, adota o modelo representativo republicano e federal como forma de governo, cuja divisão de poderes concede elevado grau de autonomia das vinte e três Províncias e um Poder Executivo limitado por um Congresso bicameral (Câmara Federal e Senado).

A Carta Política passou por sete reformas de diferentes envergaduras. A última reforma, realizada em 1994, representa o avanço do constitu-

(17) Conferência “Comunicação de Sistemas Constitucionais” proferida pelo constitucionalista Jorge Miranda, na Universidade de Fortaleza-Brasil, em 14 de junho de 2011 que complementa: As Constituições modernas que surgiram no século XVIII, a partir dos Estados Unidos e da França, correspondem a um fenômeno de circulação e comunicação. “Não é um texto só que tem a sua Constituição, há influências constantes das Constituições”. E conclui: as Famílias de Direito Constitucional são grupamentos de famílias, uma família constitucional de matriz inglesa, de matriz norte-americana, outra francesa. Houve também uma da matriz soviética no tempo da União Soviética.

(18) NEVES, MARCELO, Comunicação dos sistemas jurídicos: o transconstitucionalismo. Disponível em: <http://elciotrujillo.blogspot.com.br/2010/04/comunicacao-dos-sistemas-juridicos-o.html>. Acesso em 30 set de 2012.

cionalismo do ambiente na Argentina. No entanto, o constituinte opta em não tratar essa temática de forma exaustiva e abrangente, o que implica em dizer que as Províncias mantêm a competência para regular a matéria de forma complementar e o texto constitucional traz no seu bojo as “normas prioritárias mínimas” de proteção do ambiente. Por se tratar de matéria transversal e metajurídica, é prematuro negar ou afirmar se a metodologia adota pelo Estado argentino seja a ideal ou a pouco aplicável.

No entanto, fazendo uma analogia com os estados federados brasileiros, que possuem biomas diferentes e com alterações meteorológicas imprevisíveis e cuja gestão ambiental é complexa e a repartição de competência emblemática, talvez a opção de ampliar a competência e a responsabilidade das Províncias como protagonistas da defesa do ambiente seja o caminho mais eficiente e célere, tendo em vista a sua maior proximidade com os administrados e o diagnóstico dos problemas ambientais da região. Ainda não há resultados concretos se a eficiência da gestão ambiental percorre o caminho da Administração centralizada ou descentralizada.

Na Argentina, a iniciativa federal para o controle e a fiscalização do ambiente, notadamente das bacias hidrográficas, da poluição industrial e do abastecimento de água potável, tem se intensificado,⁽¹⁹⁾ mas é um processo gradual e desafiador, principalmente diante das dificuldades enfrentadas pela economia interna do país e demanda uma transformação na cultura da sociedade. A Carta Constitucional proíbe expressamente a fabricação de armas químicas ou nucleares, bem como a entrada no território argentino de resíduos nucleares ou tóxicos. Detém instrumentos processuais como as medidas cautelares para embargar os empreendimentos em desacordo com as regras de prevenção contra danos ambientais e estabelece a responsabilidade objetiva pelos danos decorrentes de acidentes com resíduos perigosos.

Com mais proximidade do modelo brasileiro, o Ministério Público é um órgão independente, com autonomia funcional e financeira, e tem a missão

(19) Ver NINO, CARLOS S., (Fundamentos de derecho constitucional – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional, 2005, p. 354) aponta que a insuficiência de outras normas ambientais reflete o fato de que a Argentina talvez ainda não tenha amadurecido para uma consciência ecológica mais efetiva até porque o texto constitucional argentino não trata com mais vigor os direitos coletivos de uma maneira geral.

de defender a legalidade e os interesses da sociedade. Diferentemente do modelo português que estabelece competência para o Ministério Público representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar. Os agentes do Ministério Público são magistrados.

2.1. Brasil

O período colonial (1532-1822) deixa o legado da incipiente proteção das florestas —o Pau Brasil— e a preocupação com a pesca predatória das baleias. A Constituição Imperial de 1824 não regulou o Direito Ambiental, apesar de o Brasil ser exportador de produtos agrícolas e minerais. Essa lacuna revela a concepção de uma Constituição sem perfil de uma ordem econômica constitucional e sem impor limitações ao desenvolvimento e crescimento do país.

Com a Proclamação da República, em 1889, é que houve inspiração para novos valores com relação à legislação ambiental, substituindo-se a conotação meramente econômica, por uma preocupação de cunho ecológico. A Constituição de 1891, apesar de ser a primeira promulgada na história do país, trazendo em seu bojo a expressão da vontade e da participação popular, também foi omissa no trato da problemática ambiental, não contendo nenhum dispositivo sobre a matéria, apenas atribuiu, em seu artigo 34, n° 29, a competência para União legislar sobre minas e terras.

As Constituições Brasileiras seguintes (1934, 1937, 1946, 1967 e 1969) estabeleceram a competência legislativa sobre meio ambiente, atribuída exclusivamente à União, não priorizando, em momento algum, o Direito Ambiental.⁽²⁰⁾ A Carta de 1934 insere uma nova corrente de princípios, até então ignorados pelo direito constitucional positivo brasileiro, que ressaltavam o aspecto social.⁽²¹⁾ Apesar das significativas mudanças, em matéria ambiental, a Constituição de 1934 limitou-se a atribuir competência legislativa da União em matéria de bens de domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalúrgica, água, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração.

(20) Nesse entendimento, SILVA, JOSÉ AFONSO DA. Direito ambiental constitucional, 2004, p. 46, ao afirmar que as Constituições anteriores a de 1988 nada especificaram sobre a proteção do meio ambiente natural, limitavam-se a se determinar orientações protecionistas quanto à saúde e acerca da competência legislativa da União.

(21) BONAVIDES, PAULO, Curso de direito constitucional, 2008, p. 366/367.

A Constituição de 1937, conhecida como Carta Outorgada ou Constituição Polaca, é fruto de um golpe de Estado, ficou marcada pelo retrocesso constitucional, pois tolheu o período de reconstitucionalização do país, iniciado pela Constituição de 1934. Tratava-se apenas de um documento destinado a institucionalizar um regime autoritário, pois apesar de conter um rol de direitos fundamentais, não previa o princípio da legalidade e nem da irretroatividade das leis, também não havia a divisão de poderes, embora existissem o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, o que levou a muitos dos seus dispositivos permanecerem letra morta. Em seu artigo 16, inciso XIV, a matéria ambiental limitava-se à competência legislativa privativa da União de legislar sobre as mesmas matérias da Constituição anterior.

A Constituição de 1946 introduziu outra fase de restauração constitucional do sistema representativo, retomou o rol de direitos fundamentais, como a exclusão da pena de morte, o princípio da inafastabilidade de jurisdição e o direito dos trabalhadores, que existia na Constituição de 1934, apesar de não ter conseguido realizar-se plenamente, cumpriu o seu papel de redemocratização e proporcionou meios para o desenvolvimento do país. Em seu artigo 5º, inciso XV estabelece novamente matéria de competência legislativa, porém suprime o caráter privativo da União e exclui o poder sobre bens de domínio federal.

A Constituição de 1967 foi fortemente inspirada na Constituição de 1934. O seu texto demonstra grande preocupação com a segurança nacional, tendendo por uma centralização política-administrativa da União. Também apresentava um rol de direitos fundamentais, reduzindo os direitos individuais e ampliou os direitos dos trabalhadores. Apesar da sua curta duração, estabeleceu no seu artigo oitavo, inciso XII, a competência à União de organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações, além de, em termos de competência legislativa, à União era atribuído legislar sobre direito agrário, normas gerais de segurança e proteção da saúde, águas e energia elétrica.

A Emenda nº 1 da Constituição de 1967 é considerada por José Afonso da Silva uma verdadeira Constituição, do ponto de vista material, sendo apenas formalmente uma emenda. Manteve a estrutura jurídica de um Estado de Direito Democrático, aperfeiçoou o sistema tributário, previu a criação do contencioso administrativo tributário, vedou a reeleição para o Poder Executivo, entretanto, em matéria ambiental manteve os termos

da Constituição de 1967, com uma pequena mudança no que diz respeito às competências legislativas em relação à energia que foi subdivida em elétrica, térmica, nuclear ou de qualquer natureza.⁽²²⁾

A proteção do ambiente avançou com a aprovação de várias leis infra-constitucionais, sob a competência do legislador ordinário, responsável em regulamentar as normas programáticas. O Código Civil de 1916 tratou a proteção ambiental a partir da inserção da função social da propriedade privada, impondo limitações administrativas ao uso e ao gozo do bem. No ano de 1934 foi aprovado o Código das Águas (Decreto nº 24.643) e, em 1965, a aprovação do Código Florestal Brasileiro.⁽²³⁾ No ano de 1981, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 6.938/81 que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, alterada pela Lei nº 12.651/2012-“Novo Código Florestal”.

O texto constitucional brasileiro, aprovado em 1988, sela e assenta a preocupação com o ambiente na perspectiva da precaução e da prevenção, inerentes à sociedade de risco. É nessa perspectiva que surge as novas aspirações e o relevo com a ecologização de cartas constitucionais a partir de uma receita solidarista, “nós-todos-em-favor-do-planeta”.⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾

A Constituição de 1988⁽²⁶⁾ teve inspiração na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano,⁽²⁷⁾ recepcionou os seus princípios e

(22) Ver ANTUNES, PAULO DE BESSA (*Direito ambiental*, 2012, p. 62).

(23) O Código Florestal Brasileiro foi recentemente revogado pela Lei nº 12.651/2012. O novo diploma traz alterações consideráveis no tocante à proteção da vegetação nativa que, do ponto de vista ambiental, constitui um “retrocesso”.

(24) Nesse sentido BENJAMIN, ANTÔNIO HERMAN (*Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira*. In: José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite (orgs), *Direito constitucional ambiental brasileiro*, 4.ed. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 78/79) complementa ao afirma que o eu individualista é substituído por nós coletivista.

(25) MIRANDA, JORGE, (*A constituição e o direito do ambiente*. In: *Direito do ambiente*. Instituto Nacional de Administração, 1994, pp. 353/365), defende que os direitos do ambiente possuem uma estrutura negativa, pois exigem em contrapartida o respeito, a abstenção e a obrigação de não fazer (não poluir), ou seja, a pretensão de cada pessoa não será afetada no ambiente em que vive.

(26) Afirma SILVA, JOSÉ AFONSO DA (*Direito ambiental constitucional*, 2004, p. 46), que a Carta 1988 é uma Constituição eminentemente ambientalista, pois foi a primeira a tratar abertamente e especificamente da questão ambiental. Vale ressaltar que o autor considera que o direito ambiental integra do rol de direitos sociais da Constituição, cujo escopo consiste numa via dupla por ser um direito que deve ser realizado e não deve ser perturbado.

(27) A Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano é um prolongamento da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). Seus 26 princípios fundamentais de

inseriu, na Ordem Social, a proteção do meio ambiente. A partir do disposto no art. 225 ficam estabelecidas incumbências ao poder público, às empresas e a coletividade, constituindo-se em direitos públicos subjetivos, tutelados pelos cidadãos, titulares do direito ao meio ambiente sadio, mediante o direito de petição pela via da ação popular, ação civil pública, mandado de segurança.

A partir da inteligência do artigo 225 da Carta Magna, depreende-se o dever de toda a coletividade (Poder Público, sociedade civil, organizações não-governamentais, terceiro setor)⁽²⁸⁾ defender e preservar os recursos naturais de forma intergeracional. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe-se ao poder público, nas três esferas de governo, promover, em todos os níveis de ensino, a educação ambiental e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente, bem como uma fiscalização permanente.⁽²⁹⁾

A Constituição Federal de 1988 consagra no artigo 170, inciso VI, a defesa do meio ambiente como um dos princípios que norteiam a ordem econômica, reiterando a sustentabilidade dos recursos naturais e a conscientização pública para preservação ambiental, o que implica a alteração nos padrões de desenvolvimento. O texto constitucional referencia, de maneira implícita ou explícita, o trato com a questão ambiental, outrora tratada de maneira transversa pelas normas infraconstitucionais que tutelavam o direito ambiental, protegendo os recursos naturais em razão do seu aspecto econômico.

A interdisciplinaridade é umas das especificidades da temática ambiental. Por esta razão, a Lei Fundamental brasileira não foi omissa a essa circunstância e inseriu no texto constitucional alguns conceitos incorporados ao universo ambiental, mas de cunho não originariamente jurídicos, resultando na dependência de outras áreas como a ecologia, biologia, geografia, química, arquitetura, engenharia, política, psicologia, sociologia, etc.

proteção ambiental inspiraram o capítulo do meio ambiente da Constituição de 1988. Disponível em http://www.vitaecivilis.org.br/anexos/Declaracao_Estocolmo_1972.pdf.

(28) A sociedade brasileira ainda está condicionada ao entendimento de que somente o Estado possui responsabilidade de proteger e fiscalizar o meio ambiente. Constitui um problema de ordem cultural, pois na Europa a civilização ambiental já é uma realidade. Os cidadãos europeus protegem o ambiente por razões de ordem educacional. Já no Brasil, será necessária a imposição de uma multa para cada cidadão adimplir com o dever constitucional.

(29) Ver inciso VI do artigo 225 da CF/88.

Constitui um desafio para os operadores do direito a interpretação dessas normas. Esse desiderato pode ser dirimido por uma hermenêutica jurídica ambiental com o fito de nortear o executivo municipal, estadual e federal a adimplir na implantação das políticas públicas ambientais.⁽³⁰⁾

As mudanças realizadas ainda não atingiram uma linearidade. Do ponto de vista jurídico, há uma tendência à unificação de normas legais econômicas e ambientais entre os diferentes ordenamentos, mas demanda um diálogo e uma integração, fortalecidos na medida da extraterritorialidade dos danos ambientais, cujos resultados são intergeracionais.

2.2. Portugal

A consagração constitucional das normas do ambiente em Portugal surgiu logo após a Conferência de Estocolmo em 1972. A partir de um processo de conscientização e transformação de valores, o Estado português se viu pressionado a reformular sua arquitetura jurídica e a consagrar medidas ambientais na sua Carta Política. Impõe o dever constitucional de proteção do ambiental solidário entre o Estado e a sociedade.

Não obstante, tanto no ordenamento português quanto no brasileiro, prevalece a regra do cumprimento das normas internacionais em que Portugal e Brasil sejam signatários, consoante se depreende do artigo 16º/1 da CRP e do artigo 5º, parágrafo 2º da CF.⁽³¹⁾

No ordenamento português, impera uma verdadeira Constituição do Ambiente com dimensão global e coerente que não consiste em simples pontualizações constitucionais, fragmentárias e assistemáticas. Essa Constituição é fruto da interpretação de toda a coletividade, e o preenchimento dos conceitos normativos deve ser orientado pelo modo de sentir, ver e pensar dos cidadãos.⁽³²⁾ Na Constituição Portuguesa, as normas do

(30) Nesse sentido, BELCHIOR, GERMANA PARENTE NEIVA (Hermenêutica jurídica ambiental, 2011), pontua que a hermenêutica jurídica ambiental objetiva oferecer ao intérprete que lida com o direito ambiental instrumentos em busca de uma fundamentação lógica, racional e coerente. Ela se fortalece pelo fato da ordem jurídico-ambiental ser dotada de conceitos vagos, amplos e indeterminados, aliada à intensa discricionariedade administrativa do executivo.

(31) Ver CAÚLA, BLEINE QUEIROZ (*Análise da aplicabilidade das normas constitucionais de proteção ao ambiente nas Constituições brasileira e portuguesa*. In: Miranda Jorge (Org.); Caula, Bleine Queiroz (Coord.). O direito constitucional e a independência dos tribunais brasileiros e portugueses: aspectos relevantes. Curitiba: Juruá, 2011).

(32) Defendem esse posicionamento Gomes Canotilho (apud MIRANDA, JORGE, *A Constituição e o direito do ambiente*, 1994, p. 360) e Ney de Barros Bello Filho (*Teoria do direito e ecologia: apontamentos para um direito ambiental no século XXI*, 2002, p. 566).

ambiente têm uma abordagem mista, centrada na pessoa humana (visão antropocêntrica) e nos componentes naturais (ecocêntricas).

A proteção do ambiente foi consagrada na Carta Constitucional Portuguesa como um direito fundamental assentado na parte I —Direitos e Deveres Fundamentais, Título III— Direitos e deveres econômicos, sociais e culturais, capítulo II —Direitos e deveres sociais, artigo 66°— Ambiente e qualidade de vida. No entanto, o legislador constituinte não especificou qual regime de aplicabilidade das normas constitucionais ambientais.⁽³³⁾

A partir do constitucionalismo do ambiente no ordenamento jurídico português é invocada a função social da propriedade; a vinculação das entidades privadas; a cultura do ecodesenvolvimento. Conforme inteligência do artigo 81° é prioritário o Estado promover o aumento do bem-estar social e econômico e da qualidade de vida das pessoas no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável.

3. Conclusão

As fases históricas do Brasil desde o seu descobrimento: Colônia, Império e República demonstram que esta última coroou as normas ambientais e consagrou o desenvolvimento sustentável na Constituição da República Federativa do Brasil no ano de 1988. As Cartas Constitucionais da Argentina e Portugal também assentaram a proteção do ambiente e recepcionaram o desenvolvimento sustentável como condição para um ambiente sadio e equilibrado e a promoção da qualidade de vida.

É possível depreender que o constitucionalismo do ambiente foi embalado pela “melodia” das Conferências Internacionais Ambientais. No entanto, é insuficiente a construção de uma arquitetura jurídica pautada na inserção das normas ambientais nas Constituições, urge uma constitucionalização eficiente em que suas normas sejam aplicadas e que promovam a eficácia e a mudança social.

Não se olvida que é sedutor o constitucionalismo ambiental, porém suas normas necessitam de aplicabilidade imediata e que não se sujeite a reser-

(33) Ver o artigo 17° da Constituição portuguesa que estabelece a aplicabilidade do regime dos direitos, liberdades e garantias aos direitos de natureza análoga. Sobre a problemática da aplicabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, Jorge Miranda (*Manual de direito constitucional*, 2007, tomo II) ressalta que, na vertente positiva dos direitos sociais, são imediatamente aplicáveis na projeção sistemática desses direitos sobre outros direitos e exemplifica o art. 66° (ambiente e qualidade de vida) em face do art. 61° (iniciativa econômica).

va do possível, pois estaria resignada a ser uma letra morta. Os objetivos colimados na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano não foram todos alcançados. O caráter facultativo do cumprimento dos acordos firmados nas Conferências Internacionais Ambientais é um assunto emblemático na medida da colisão com a soberania dos Estados.

A partir do constitucionalismo do ambiente é perceptível a existência de uma comunicação de sistemas constitucionais destinada à migração das experiências de proteção do ambiente. A Espanha e o Brasil espelharam a sua nova Carta Constitucional na Constituição da República Portuguesa (1976) em virtude da evolução do constitucionalismo entre estes países. Não obstante, a disseminação da comunicação entre as ordens jurídicas é relevante devido estas se confrontarem com problemas constitucionais semelhantes, notadamente os ambientais que transcendem a territorialidade e é intergeracional.

Mormente o debate acadêmico para a criação de um Tribunal Internacional Ambiental para punir os Estados pelo descumprimento de acordos internacionais ambientais, a comunicação de sistemas constitucionais pode ser uma grande aliada na mitigação dos confrontos transnacionais que envolvem o uso sustentável dos recursos naturais, a função social da propriedade, as limitações à livre iniciativa e a integração com a ordem econômica-política.

Os resultados extraídos da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (RIO+20) apontam para a prática de “lobbies verdes” para o enfrentamento dos problemas econômicos-ambientais-políticos, pois não superam a fase da discussão para a solução, mediante ações pontuais como determina o texto constitucional dos Estados signatários.

A sociedade da incerteza e o desafio impostos pela questão ambiental reclamam uma maior comunicação de sistemas jurídicos e a união de esforços para não intimidar a força normativa das Constituições na medida em que estas impõem a ordem e a segurança jurídica. Os resultados da pesquisa apontam que a comunicação de sistemas constitucionais pode ensejar a formação de uma “família constitucional ambiental” em que os interesses são comuns e os resultados globais.



El “fundamentalismo jurídico” en la filosofía del derecho⁽¹⁾

RAMÓN ANTONIO REYES⁽²⁾



Palabras clave: filosofía del derecho, fundamentalismo, dogmatismo, fanatismo, “fundamentalismo jurídico”.

Resumen

El presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina refutó a la cúpula eclesiástica luego de que el episcopado criticara las reformas al Código Civil afirmando que “los impulsores de la reforma de los Códigos Civil y Comercial no van a guiarse por opiniones de fundamentalistas”. ¿Cómo definir esta actitud que implica una suerte de “fundamentalismo jurídico” que prefigura el sentido de las aventuras y desventuras que los hombres correrán en este mundo? Es sabido que en toda teoría del control constitucional subyace una teoría de la interpretación ¿Desde qué fundamentos se realiza ese acto interpretativo? Pareciera que el cristianismo, en su versión católica, como raíz desde donde emergen los

(1) Ponencia presentada en las XVI Jornadas Argentinas, V Argentino-Chilenas de Filosofía Jurídica y social, I Jornadas de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional, 18 al 20 de Octubre 2012, Mendoza, Argentina.

(2) Doctorando en Filosofía (Universidad Nacional de Tucumán), Licenciado en Filosofía (Universidad Nacional de Catamarca), Profesor en Filosofía y Ciencias Sagradas (Instituto Santiago el Mayor de Santiago del Estero), Especialista en Enseñanza de la Educación Superior (Universidad Católica de Cuyo), Diplomado en Transformación Educativa “Una Formación a los Saberes Globales y Fundamentales de la Docencia” (Multiversidad Mundo Real “Edgar Morin”, Hermosillo, Sonora, México). Catedrático e Investigador de la UCSE

"derechos humanos básicos", está amenazado pese a que el art. 2 de la Constitución de la Nación Argentina coloca a la Iglesia Católica en una posición preeminente sobre las demás confesiones.

1. Introducción

El presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina refutó a la cúpula eclesiástica luego de que el episcopado criticara las reformas al Código Civil⁽³⁾ afirmando que los impulsores de la reforma de los Códigos Civil y Comercial "no deben guiarse por fundamentalistas, ni lobbies de intereses".⁽⁴⁾

Es sabido que el vocablo "fundamentalismo" se aplicó, originalmente, a una determinada corriente del protestantismo norteamericano que quería volver a los "fundamentos" bíblicos de la fe cristiana —fundamentos que se interpretaban de manera muy caprichosa— ante la acomodación de la Iglesia al modernismo y liberalismo. En los últimos años se aplicó el concepto "fundamentalista" a corrientes reaccionarias dentro del Islam y del Judaísmo, y en una embestida contra los cristianos católicos —el abogado y doctor en ciencias jurídicas y sociales Ricardo Lorenzetti— alertó que el Episcopado "representa una visión legítima" pero "el Derecho debe comprender a todos".⁽⁵⁾

Este es el marco de razón suficiente para distinguir sin separar, unir sin confundir, acerca de qué es el fundamentalismo y sus variantes; indagar si es posible un "fundamentalismo jurídico" en la filosofía del derecho; y, finalmente, esbozar qué hacer ante los fundamentalismos.

2. Cara y seca del fundamentalismo

Al abordar este tema, se hace necesario poner de manifiesto, de entrada, que los *fundamentos* son presupuestos válidos para la vida de todo ser humano ¿Qué sería de nosotros sin los padres, maestros, profesores y demás actores sociales? ¿Cuál sería el rumbo de nuestras comunidades sin las instituciones civiles, políticas y jurídicas que nos orientan? Para poder desarrollar creativamente nuestras capacidades físicas, intelectuales y emocionales necesitamos "fundamentos" en el amor, el cuidado y la

(3)<http://www.episcopado.org/portal/component/k2/item/705-el-c%C3%B3digo-civil-y-nuestro-estilo-de-vida.html>, 22/08/2012.

(4) HAUSER, IRINA, "No debemos guiarnos por fundamentalistas", en *Diario Página 12*, 22/08/2008.

(5) HAUSER, IRINA, *ibid.*

confianza mutua, de la misma manera que para crecer y desarrollarnos en el ámbito transpersonal.

A continuación se analizarán tres posiciones análogas (fundamentalismo, dogmatismo y fanatismo) cuyas características básicas con matices acentuados en alguna de ellas son: a) la coherencia en la construcción de una creencia como en las acciones que de ella se derivan; b) la sencillez en la manera de presentar las formas de pensar, actitudes e ideas; c) la claridad en las interpretaciones y elaboraciones doctrinarias.

Estas tres actitudes tiene un común denominador: las personas experimentan sus convicciones, sus metas y su fe de manera total e incontestable. No aceptan en lo más mínimo otras convicciones y actitudes junto a las suyas, y exacerban de manera impredecible su punto de vista si disponen de los correspondientes medios de poder (técnicos, científicos, estrategias publicitarias, demagogia, recursos informáticos, etc.) ya que se consideran los depositarios de una misión de carácter mesiánico.

Resulta una verdad de Perogrullo afirmar que de acuerdo al lugar que se habita en el pueblo se escucha el tañido de la campana de maneras diferentes. En este caso particular, vale la pena identificar los diversos sonos.

Ante un valor o idea fundamental que hay que conservar cueste lo que cueste, el **fundamentalismo** se presenta como una actitud hostil —o al menos de oposición—, frente a algo o a alguien que plantea una sensación de amenaza —enemigo de fuera o contemporizador de dentro, considerado traidor—, que no deja más remedio que contraatacar.⁽⁶⁾ Se caracteriza por el firme arraigo de sus creencias, la identificación acrítica con la doctrina que se profesa, el perfeccionismo obsesivo, la percepción de una impotencia incapaz de confesarse a sí misma lo que es, al tiempo que se aparece como una fuerza protectora que garantiza integridad a sus seguidores, la simplicidad lingüística en la transmisión de su cosmovisión, y principalmente, y una condición anti-hermenéutica con todas las consecuencias que ello acarrea.

El **dogmatismo** se construye a partir del deslinde exacto de otros ámbitos de valores y pensamientos; se distingue por su claridad expositiva, la plasmación normativa de las acciones, el reconocimiento de **rígidas jerarquías y el afianzamiento de su identidad** en la sociedad. Se diferen-

(6) MARTY, M. E.; APPLEBY, S. R., *Fundamentalism Observed*, University Of Chicago Press, Chicago, 1991.

cia del **tradicionalismo** —repetición acrítica de "lo dado" que desconoce la dimensión continuativa y prospectiva de la tradición— y del *conservadurismo* —que mantiene una desconfianza extrema a la novedad— en que ambos comparten una suerte de idolatría del pasado por el pasado mismo.

El **fanatismo** es una **intensidad anormal**⁽⁷⁾ en la concreción e implementación agresiva de una y solo una actitud o "idea sobrevalorada". Se caracteriza por la incapacidad para la autocrítica y la hexocrítica, la defensa acérrima contra todas las opiniones opuestas, y la autoconfirmación de su fe como "la mejor de todas".

Los impactos sociales de estas actitudes son muy variados. Es sabido que hay configuraciones de dichos posicionamientos que en la vida cotidiana tienen un sentido personal de oposición y no constituyen una amenaza ni comportamientos abiertamente hostiles a determinados grupos, pero, cuando el marco de las acciones rebasan la propia persona e impactan sobre el sistema social y sus grupos nos enfrentamos ante un serio problema ya que "un fundamentalista es, en definitiva, un integrista, alguien tan convencido de que tiene la razón que está dispuesto a imponerla a los demás, para el bien de ellos, y que no ha de reparar en métodos a la hora de hacerlo".⁽⁸⁾

3. ¿Es posible un "fundamentalismo jurídico"?

Se vino planteando la existencia de un fundamentalismo religioso, pero, también es posible sostener la existencia de un **fundamentalismo político** "donde podemos aplicar el mismo calificativo a aquellas corrientes que pretenden aplicar de manera ortodoxa la doctrina de un partido político, y aun ejercer del mismo modo la acción pública",⁽⁹⁾ el cual promueve una cosmovisión radical incluso anti-teísta.

En este sentido, el sociólogo Peter L. Berger sostiene que el fundamentalismo no procede sólo de la religión: "Generalmente se cree que el funda-

(7) Anormal en el sentido que se aparte de la norma media por el cuadro sintomático eventual que acompaña, es decir, por un diagnóstico y no por el dato estadístico como puede ser "la mayoría". No es objetivo de este trabajo el estudio de la estructura típica del fanático sino dejar esbozado sus rasgos. No es la persona afectada la que sufre sino los que la rodean ya que tienen que soportar su modo de ser. Un sujeto que no siente sobre sí la presión del dolor, no está dispuesto a modificar su conducta.

(8) CEBRIAN, J. L., *El fundamentalismo democrático*, Buenos Aires, Taurus, 2004.

(9) CEBRIAN, J. L., *ibid.*

mentalismo es malo para la democracia porque dificulta la moderación y la disposición al compromiso que hace posible la democracia (...) Pero es importante comprender que hay secularistas tan fundamentalistas como los religiosos: unos y otros coinciden en no estar dispuestos a cuestionar sus opiniones, así como en su militancia, agresividad y desprecio hacia los que discrepan con ellos".⁽¹⁰⁾

El derecho y la filosofía del derecho hunden sus raíces en el humus del **derecho romano**, el **judeo-cristianismo** y la **ciencia moderna** con sus rasgos característicos universales, abstractos, impersonales y legales.

Que sea universal significa que sus construcciones se elaboran para un número indefinido de personas de cualquier época o lugar. La abstracción implica que el jurista, el teólogo y el científico construyen sus elucubraciones independiente de los casos concretos, es decir, los elabora en abstracto. Consecuencia de ambas es el atributo de la "impersonalidad" ya que no comprende a nadie en particular. Que sea legal refiere a la búsqueda de leyes jurídicas y científicas; y al excluirse a la teología de toda investigación de cientificidad, se suprimen las "leyes naturales o sobrenaturales" quedando reservadas al campo de la moral.

Con la alianza del cristianismo y el imperio romano se configura un fundamentalismo jurídico —el judeo-romano-cristianismo— contra el judaísmo —después de la Shoah se desplaza hacia el Islam—, que sobrevivirá hasta la codificación napoleónica sostenida por el liberalismo clásico, el racionalismo y el nacionalismo. En América Latina será el Derecho Indiano y las consiguientes imitaciones y traducciones de cuerpos jurídicos afrancesados, eclécticos y autóctonos los que impondrán sus creencias y valores hasta una concepción moderna del Derecho, que niega el pluralismo jurídico y la variedad de sus fuentes formales. Y, por consiguiente, sobrevendrá un largo proceso de fetichización⁽¹¹⁾ del Derecho moderno que pervive hasta hoy.

Cuando el fundamentalismo jurídico impone a los grandes sistemas sociales sus propios valores normativos, sus ideas y aquello de lo que tiene necesidad para perpetuarse en el poder, puede desembocar en una auténtica falta de libertad. Si consigue que sus "pretensiones de derecho al dominio

(10) BERGER, P., "Secularization Falsified", en *First Things*, febrero 2008

(11) Se sabe que un fetiche es un ídolo u objeto de culto, hecho por los hombres mismos pero que escapa a su control y se le hace aparecer como divino, absoluto.

absoluto" se concreten en la imposición de valores finales puede conducir a la exclusión real de la diferencia —en nombre de la pluralidad—, y a la consiguiente eliminación de los más débiles del sistema socio-cultural.

El "fundamentalismo jurídico" —al margen de las corrientes filosófico-jurídicas— pervive en la práctica de la mayoría de los abogados con su presencia implícita caracterizado por 1) un culto al texto de la ley; 2) el predominio de la intención del legislador sobre el alcance literal del texto; 3) la doctrina estatista que consiste en la proclamación de la omnipotencia del legislador y en la creencia de su infabilidad; 4) y la sacralización del sujeto poseedor del conocimiento de las leyes.

¿Qué actitud tomar ante los fundamentalismos? Se considera que se pueden resumir básicamente en cuatro: 1) promover el respeto por la libertad, el pluralismo y la apertura hacia los demás; 2) crear espacios para la auto y hexo crítica permanente; 3) resistir contra el autoritarismo de los dogmáticos, el positivismo jurídico de los fanáticos y el tradicionalismo de los fundamentalistas; 4) y con todo y a pesar de todo, buscar denodadamente el diálogo con los fundamentalistas y la colaboración con ellos en todas las dimensiones de la vida social.

Así las cosas parecería que el fundamentalismo y el fanatismo son problemas de personas y/o grupos claramente deslindados. Y frente a la explicación que dice que "forman parte de la maldad que hay en todo el mundo", se diluye la responsabilidad personal y social que tenemos ante estas actitudes. Nosotros mismos también somos sujetos-partes de este problema. Debemos aprender a identificar con nitidez y aceptar hasta que punto ocultamos dentro nuestras tendencias e intereses fundamentalistas que darían lugar al paso del "genuino simpatizante" al más acérrimo fanático que ostenta con gozo su dogmatismo en cualquiera de sus formas.

Ernst Kretschmer, en su libro *Personas geniales*⁽¹²⁾ describió de manera elocuente cómo debemos imaginarnos la retroalimentación entre esas personalidades *anormales* y la sociedad:

"Si la temperatura espiritual de una época es equilibrada y el organismo social está sano, entonces los anormales pululan impotentes y débiles en sus efectos en medio de la masa de las personas sanas. Pero si en alguna parte aparece un pun-

(12) KRETSCHMER, E., *Personas geniales*, Barcelona, Labor, 1951.

to herido, si la atmósfera es demasiado agobiante o tensa, si algo va mal o es frágil, entonces los bacilos se hacen enseguida virulentos, capaces de atacar, penetran en todas partes y producen inflamación y fermentación en toda la masa sana del pueblo... Los grandes fanáticos, los profetas y exaltados, lo mismo que los pequeños granujas y los delincuentes, están siempre allí; el aire está lleno de ellos. Pero tan sólo cuando el espíritu de una época tiene fiebre, ellos son capaces de provocar guerras, revoluciones y movimientos espirituales de masas. Podríamos afirmar con razón: **los psicópatas existen siempre. Pero tan sólo cuando el tiempo es fresco, dictaminamos sobre ellos; cuando los tiempos son calientes, esa gente nos domina**".

Estrategias de políticas públicas con tendencias totalizadoras, absolutistas y demagógicas crean, respectivamente, las condiciones de posibilidad para la emergencia de autoritarismos confederados, fundamentalismos político-jurídicos y populismos. Se viven tiempos de descontento, insatisfacción, malestar, sensaciones de "incertidumbre y desarraigo" (A. Koyré), incomodidad, inconformismo o indignación ante lo existente; estados de ánimo lo que probablemente Kuhn identificaría como la fase previa y necesaria para que surjan nuevas teorías y sea un momento de transición que haga progresar a la ciencia por medio de revoluciones.

Ante esta situación de crisis "lo probable es la desintegración. Lo improbable, aunque posible, la metamorfosis".⁽¹³⁾

En nuestras comunidades latinoamericanas se puede verificar la presencia de construcciones mítico-mágicas que sacralizan la figura de los abogados, jueces y funcionarios del derecho; además, de ceremonias laicas imbuidas de ritos arcaicos (v.g. toma de juramentos, etc.) en las que se trasluce el mito de una razón providencial y de una "religión" del progreso y el consumo. La tarea ante estos fenómenos es obrar racionalmente, y comenzamos a ser racionales⁽¹⁴⁾ cuando reconocemos la racionalización incluida en nuestra racionalidad, y cuando examinamos críticamente nues-

(13) MORIN, E., "Elogio de la metamorfosis", en *El país*, 17/01/2010.

(14) MORIN, E., *Siete saberes para pensar la educación del futuro*, UNESCO, 1999, p. 7 La racionalización se cree racional porque constituye un sistema lógico perfecto basado en la deducción o la inducción; pero ella se funda sobre las bases mutiladas o falsas y, se niega a la discusión de argumentos y a la verificación empírica.

tros propios mitos, entre ellos el de la razón todopoderosa guiada por Dios y el de la justicia garantizada por el aparato estatal.

La fetichización de la norma jurídica, como condición de su eficacia ideológica y reguladora de la sociedad, es la estructura del "fundamentalismo jurídico". Jean Jacques Gleizal dice: "Las facultades de derecho están concebidas para celebrar el culto de la ley, gracias a la cual la sociedad podrá funcionar".⁽¹⁵⁾ El derecho moderno, tal como lo tenemos hoy, es un fetiche exigente al cual es difícil escapar de ofrecerle sacrificios. "Las relaciones sociales se producen en la conciencia, pero a continuación la imagen de la conciencia se traduce en comportamiento y por tanto en un medio de conservación de las relaciones sociales".⁽¹⁶⁾

Las infortunadas expresiones del Sr. Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina nos llevaron a pensar la posibilidad existencial de un "fundamentalismo jurídico" —problema que será tematizado y profundizado en futuros trabajos—⁽¹⁷⁾ ya que partimos de entender el Derecho enraizado en el ser humano, en sus derechos subjetivos, en los derechos humanos, y en las interrelaciones de respeto de esos derechos que constituye la esencia de la justicia ante la "legalidad de la injusticia"; búsqueda que, sin embargo, no nos ata para responder sin ambages a la cuestión de "a quién sirve" el derecho objetivo y su práctica cotidiana.

4. Conclusión

Existen grupos dominantes que, de ser asilo de la libertad para los que no tenían derechos políticos-jurídicos reconocidos, pasaron —rápidamente— a convertirse en fortalezas autoritarias de poder sostenidas por las universidades como "guardianas del saber" y los filósofos (más bien, "doxósofos") del derecho. De esto se desprende que todo esfuerzo por alcanzar leyes justas tiene que hacerse sobre un postulado básico: una visión "antropológica" compartida, porque el centro y fin de toda actividad siempre es el sujeto humano, el hombre.

(15) GLEIZAL, J. J., "L'enigment du droit", en *Por une critique du droit*, París, Maspero, 1978.

(16) BARCELLONA, P. ET COTTURRI, G., *El estado y los juristas*, Barcelona, Fontanella, 1972, p. 82.

(17) Fenómeno que se investigará y profundizará a partir de las "ideas fundamentales históricamente embotelladas" desarrolladas por Cossio, confrontadas y analizadas junto al concepto de "paradigmas" de Thomas Khun en *La estructura de las revoluciones científicas* (1962); con las "epistemes" de Michel Foucault en *Las palabras y las cosas* (1966); el concepto de "noología" en *El método IV. Las ideas* (1992) de Edgar Morin y tantos otros que nos advierten sobre los peligros de una razón alienada.

Si al "Derecho" —que debe comprender a todos, según Lorenzetti— se lo entiende como la "convivencia justa"⁽¹⁸⁾, nunca habrá convivencia justa entre personas, grupos y comunidades si los que creen que poseen en exclusiva los "fundamentos" niegan de manera *a priori* el derecho a la existencia de los otros, o si los no fundamentalistas —con arrogancia intelectual— hacen todo lo posible por excluir a los fundamentalistas. Sin voluntad de entendimiento mutuo no habrá respeto ni paz, ni se llegará a esa convivencia justa tan anhelada.

El gran poeta ruso Vladimir Maiakovski escribió: "La primera noche ellos se acercan y cogen una flor de nuestro jardín, y no decimos nada. La segunda noche ya no se esconden, pisan las flores, matan nuestro perro y no decimos nada. Hasta que un día el más frágil de ellos entra sólo en nuestra casa, nos roba la luna, y conociendo nuestro miedo nos arranca la voz de la garganta. Y porque no dijimos nada ya no podemos decir nada". Para que no nos arrebaten la voz ni la libertad, el mejor antídoto contra el "fundamentalismo jurídico" es la promoción de una "democracia de la duda". Esta es la mejor de cuantas democracias existen porque "parte de la base de que el mundo se edifica sobre preguntas y no principalmente sobre respuestas, y de que en el derecho a discrepar reside, precisamente, la base de la difusión del poder, condición indispensable para toda convivencia en libertad".⁽¹⁹⁾ Desde nuestra experiencia iusfilosófica sabemos que las personas que se hacen preguntas y piensan, y los que sólo tienen respuestas prefabricadas, obedecen.



(18) BINDER, A. M., *Introducción al derecho penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004.

(19) CEBRIAN, J. L., *op. cit.*

Los valores y principios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno

LAUTARO RÍOS ÁLVAREZ⁽¹⁾



Palabras clave: Filosofía del Derecho, Derecho Constitucional, Tribunal Constitucional Chileno, valores y principios generales del Derecho

1. Introducción

En estas I Jornadas que compartimos con nuestros amigos argentinos en torno a dos materias relevantes —la Filosofía del Derecho y el Derecho Constitucional— hemos querido escoger un tema en el que se advierte con especial nitidez: la simbiosis que aproxima a ambas disciplinas.

En efecto, la preocupación por los valores y los principios ha provocado el interés de los filósofos y sus conclusiones han resultado tan esclarecedoras para los juristas que éstos han terminado por adoptarlas en la fundamentación de los cuerpos normativos de primer nivel, tanto en las Constituciones Políticas como en las diversas especies de normas subordinadas a ellas.

(1) El autor es catedrático de Derecho Constitucional de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad de Chile, Prof. Extraordinario Visitante de la Universidad Católica Santo Tomás de Aquino de Tucumán, Vicepresidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional y Miembro correspondiente de las Asociaciones Argentina y Peruana de Derecho Constitucional.

Y no obstante que ni los valores ni los principios albergan pretensiones pragmáticas, ellos también han sido utilizados para la interpretación de las normas jurídicas, bien para esclarecer su finalidad, bien para subsanar adecuadamente el problema de las lagunas normativas.

En estas tareas los principios y los valores también han sido empleados por los jueces con singular provecho, dando bases sólidas y soluciones acertadas a los asuntos que les corresponde resolver.

Especial interés suscita la aplicación que han hecho los Tribunales Constitucionales para fundamentar sus fallos, tanto respecto de los valores como de los principios generales del derecho.

En este trabajo intentaremos poner en relieve la atención que ha prestado el Tribunal Constitucional Chileno a los dos elementos aludidos, los que han venido ingresando progresivamente al sistema de fuentes del derecho.

2. Origen, trascendencia y noción de los valores

Sin duda, los valores han estado siempre presentes en el nacimiento y en el desarrollo de las sociedades humanas y —por ende— en la base del derecho como regulación de las relaciones generadas en ellas. Hubo y hay valores concernidos en el matrimonio, en la familia, en el ejercicio de la autoridad, en las relaciones contractuales y en los compromisos entre los Estados en tiempos de paz y aun en tiempos de guerra.

Pero hubo también una época, en la historia del derecho occidental, en la que se desconoció la fuerza inspiradora y vinculante de los valores —se los consideró "ideales sociales"— y en la que, a falta de claridad en el tenor literal normativo, quedaron relegados a ser sólo un elemento subsidiario de la interpretación legal frente al "espíritu general de la legislación" y a la "equidad natural".⁽²⁾

Afortunadamente, el torbellino desatado por el positivismo jurídico, el cual, endiosando la ley,⁽³⁾ arrasó con las demás fuentes del derecho, ha ido cediendo su paso a la recuperación del equilibrio en la ponderación de

(2) El art. 24 del Código Civil chileno dice: "En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

(3) El art. 19 del mismo Código dice: "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu".

esas fuentes.⁽⁴⁾ Este aquietamiento de las aguas ha permitido la eclosión de los valores en las áreas donde mayor trascendencia han revelado, esto es, en el derecho internacional⁽⁵⁾ y en el derecho constitucional.⁽⁶⁾

Los valores son tan antiguos como la humanidad. Pudieron tener diversas denominaciones, así como distinta jerarquía en el seno de las numerosas culturas que han aflorado en la historia del hombre, pero en todas las épocas han estado allí, activos o latentes, guiando siempre el curso evolutivo del género humano, sobre todo en sus etapas de crisis.

En la Antigüedad, los valores aparecen incorporados en las convicciones religiosas. Así, en la cultura judía encontramos los valores en la Torá y, particularmente, en los diez mandamientos recibidos por Moisés en el Monte Sinaí. En la antigua Grecia, su arquetipo fue la *areté*, y sus diversas manifestaciones fueron cantadas por Homero en sus poemas épicos. En la cultura cristiana ellos se hermanan con las virtudes y su origen arranca en los Evangelios, especialmente en el Sermón de la Montaña. En la cultura china clásica, los valores fueron recogidos por Confucio en sus Analectas cuya finalidad principal consistía en la armonía social.

El siglo XX fue el escenario en que se desarrollaron dos guerras mundiales y el nacimiento, el auge y la declinación de los totalitarismos, que provocaron una encarnizada lucha por la supervivencia de los valores.

El siglo XXI se ha iniciado con el recrudescimiento del terrorismo —paradigma de los antivalores— a escala planetaria. Bajo el pretexto de terminar con él a toda costa y a todo riesgo, una potencia —que se yergue con la hegemonía del poder económico, político y bélico a nivel mundial— se ha arrogado el derecho de invadir y dominar militarmente a otros países, de derribar sus gobiernos y de decidir su destino político, atropellando

(4) El art. 1.1. del Código Civil español prescribe: "Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho". El art. 1.6. agrega la jurisprudencia como su complemento. Y el art. 3.1. dice: "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas".

(5) El art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia prescribe que, en la decisión de las controversias deberá aplicar: las convenciones internacionales, la costumbre internacional, **los principios generales de derecho**, las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia, sin perjuicio de su facultad para decidir un litigio *ex aequo et bono* si las partes así lo convienen.

(6) La Constitución española, en su art. 1.1. "...propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

así valores, principios y normas fundamentales del derecho internacional y erosionado las bases que justifican la existencia misma de la Organización de las Naciones Unidas.

De allí que sea un hecho, tan sorprendente como real, que los valores siguen estando en crisis desde los inicios de este siglo.

Y es por ello que intentaremos en este breve ensayo, definir los valores; demostrar la relevancia que ellos han adquirido al servir de fundamento a los Pactos Internacionales y a las Constituciones Políticas modernas; dar cuenta de la trascendencia que encarna este fenómeno; así como el peligro que representaría su degradación —la desvalorización de los valores— en la cultura occidental.

El nacimiento de la axiología como "filosofía de los valores" se atribuye a Rudolph H. Lotze, filósofo y fisiólogo alemán, quien enseñó en Leipzig, Gotinga y Berlín.⁽⁷⁾

Según los axiólogos, la ontología —o estudio del ser— no agota el mundo de lo existente. La belleza, la justicia, la salud, la santidad, la abnegación, no tienen existencia por sí mismas, pero tampoco son meras ficciones. Son "valores" y pertenecen al campo de la axiología (del griego "Axios"; justo o valioso), que no estudia "lo que es" sino "lo que vale".

Esto no quiere decir que los valores no existan. No puede concebirse que entidades tan evidentes como los valores **valgan** si no empezamos por reconocer su **existencia**. La tienen, pero en el universo propio de los entes abstractos al que pertenecen, como también ocurre con el número, la velocidad o el triángulo.

El Diccionario de la Lengua Española define el **valor**, en su sentido filosófico, como "Cualidad que poseen algunas realidades, consideradas bienes, por lo cual son estimables. Los valores tienen polaridad en cuanto son positivos o negativos, y jerarquía en cuanto son superiores o inferiores".⁽⁸⁾

Las propiedades esenciales de los valores serían las siguientes: a) requieren siempre de una **realidad** —un ser, una cosa, un acto, una conducta— en la cual encarnarse, es decir, requieren un soporte concreto; b) poseen

(7) Lotze (1817-1881) formuló una concepción finalista del mundo a la que subordina el mecanismo de las ciencias naturales. Trata la axiología en su "Sistema de Filosofía", escrito entre 1874 y 1879.

(8) Diccionario de la Real Academia Española, XXII, Madrid, Espasa, 2001.

un **contenido estimable** que los hace valiosos y, a la vez, los distingue entre ellos; c) están provistos de **polaridad**, es decir, a cada valor (polo positivo) corresponde un antivalue (polo negativo); así, al bien se opone el mal; a la justicia, la injusticia; a la belleza, la fealdad. d) entre ellos existe una **jerarquía**; no son todos igualmente estimables sino —por el contrario— admiten una gradación de superior a inferior;⁽⁹⁾ e) no son **racionales**, en el sentido de no ser aprehensibles por la sola razón, sino más bien por la intuición, en una experiencia emotiva, personal y concreta de quien los percibe; f) la más importante característica es que poseen una alta **carga afectiva**; vale la pena luchar por ellos incluso con el riesgo o el sacrificio de la vida como ha sido el testimonio de Sócrates, de Espartaco, de Tomás Moro, de Mahatma Ghandi, de Martin Luther King, o de Nelson Mandela, entre tantos otros; y g) finalmente, tienen vocación de **universalidad**.⁽¹⁰⁾

Entre los cultores de la axiología surgieron dos corrientes: la de los “subjetivistas”, quienes consideran el valor como un fenómeno psíquico que ocurre al interior del sujeto que lo experimenta, de tal manera que el valor no existe sin un sujeto que lo perciba; y la de los “objetivistas”, que conciben el valor como una realidad objetiva y distinta del sujeto que lo experimenta. Así, aquéllos hablan de la percepción o la experiencia axiológica;

(9) La **polaridad** y la **jerarquía** son distintivos que rescata el Diccionario de la Lengua Española. La **jerarquía** aparece en la Constitución española que consagra los valores **superiores** de su ordenamiento jurídico, como vimos en la nota 5.

(10) Sobre los valores, ver ORTEGA Y GASSET, JOSÉ, “Introducción a una Estimativa”, en *Obras Completas*, Madrid, Alianza Editorial, 1979, t. VI, pp. 315 y ss.; RECASENS SICHES, LUIS, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 1981, pp. 10 y ss. y 275 y ss.; VERDU, PABLO LUCAS, *Estimativa y Política Constitucionales*, Madrid, Fac. de Derecho/U. Complutense, 1984; HÜBNER, JORGE I., *Manual de Filosofía del Derecho*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1954; HERNANDEZ GIL, ANTONIO, “Sistema de Valores en la Constitución”, en *La Constitución de la Monarquía Parlamentaria*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983; y *El cambio político y la Constitución*, Barcelona, Ed. Planeta, 1982; PECES BARBA, GREGORIO, *Los Valores Superiores*, Madrid, Tecnos, 1986; RUIZ-GIMENEZ, JOAQUÍN, “Derechos Fundamentales de la Persona (art. 10)”, en *Comentarios a la C.E. de 1978*, EDSA, 1997, t. II, pp. 37/89; LLORENTE, FRANCISCO RUBIO, “Constitución: Valores, Principios Derechos”, en *Valores de una Sociedad Plural*, Madrid, Fundación para el Análisis y los Est. Sociales, 1999, pp. 135/48; PAREJO, LUCIANO, “Constitución y Valores del Ordenamiento”, en *Estudios sobre la Constitución Española – Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, t. I, pp. 29/133; PEREZ LUÑO, ANTONIO, “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Madrid, Tecnos, 1984; SANCHIS, LUIS PRIETO, “Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el T.C.”, en *Revista Poder Judicial*, n° 11, junio, 1984; GARRORENA MORALES, ÁNGEL, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1984; FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El Sistema Constitucional Español*, Madrid, Dykinson, 1992; BRUFAU, JAIME, *Teoría Fundamental del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 76; LLAMAS C., ÁNGEL, *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Madrid, BOE, 1993.

y éstos, en cambio, hablan de un horizonte o un cielo axiológico. Entre los primeros militan Meinong, Ehrenfels, Müller-Freinfels, Henke. Entre los segundos, Rickert, Max Scheler, Ortega y Gasset, Unamuno, Recasens Siches y Hartman.

No es ésta la ocasión propicia para referirnos a las numerosas discrepancias surgidas en el terreno de la axiología, como la disputa entre los "absolutistas", que ven los valores como bienes definitivamente cristalizados y universalmente apetecidos, y los "relativistas" que los consideran ideales propios de cada cultura y —por ende— variables, según las circunstancias del tiempo y el lugar en que afloran en la sociedad. Interesa, en cambio, dilucidar en qué esfera de la vida humana se sitúan los valores.

A comienzos del s. XX Oswald Spengler estremeció al mundo intelectual con su obra máxima, *La Decadencia de Occidente*.⁽¹¹⁾ Dejando a un lado sus fantasías nacionalistas —como la superioridad de la raza aria, su estirpe heroica y su vocación mesiánica—, Spengler supo encontrar en la **cultura** a la verdadera protagonista de la historia, a diferencia de los acontecimientos fechados, pueblos y líderes, que habían sido la base material de los historiadores clásicos.

La cultura —"un cierto modo orgánico de pensar y sentir", en palabras de Ortega, o "la actitud vital del hombre frente al cosmos", como diría Max Scheler— constituye la aventura impredecible de cada pueblo, de la cual la historia es sólo su relato. Por lo tanto, no existiría una sola historia lineal de la humanidad, sino tantas historias como culturas han logrado florecer en los diversos pueblos. Cada cultura sería un organismo vivo que tiene su nacimiento, su crecimiento, su culminación, su declinación y su muerte.⁽¹²⁾

(11) El libro se publicó en Alemania en 1918 pero se comenzó a escribir en 1911 y ya estaba concluido cuando estalló la Primera Guerra Mundial. La primera versión en español apareció en 1923 y fue prologada por José Ortega y Gasset, quien lo calificó como "la peripecia intelectual más estruendosa de los últimos años".

(12) Dice Spengler: "La 'humanidad' no tiene un fin, una idea, un plan; como no tiene fin ni plan la especie de las mariposas o de las orquídeas. 'Humanidad' es un concepto zoológico o una palabra vana (idea de Goethe). Que desaparezca este fantasma del círculo de problemas referentes a la forma histórica, y se verán surgir con sorprendente abundancia las verdaderas formas. Hay aquí una insondable riqueza, profundidad y movilidad de lo viviente, que hasta ahora ha permanecido oculta bajo una frase vacía, un esquema seco, o unos 'ideales' personales. En lugar de la monótona imagen de una historia universal en línea recta, que sólo se mantiene porque cerramos los ojos ante el número abrumador de los hechos, veo yo el fenómeno de múltiples culturas poderosas, que florecen con vigor cósmico en el seno de una tierra madre, a la que cada una de ellas está unida por todo el curso de su existencia.

Ya Nietzsche había hecho la distinción entre *Kultur* y *Zivilisation*. Esta última no sólo consistiría en el desarrollo material alcanzado por cada pueblo ni sería el producto final de su evolución social —como creían los racionalistas— sino que también comportaría el inicio de la corrupción y la decrepitud de aquélla.

Y así como los valores encarnan los ideales y sentimientos positivos de cada cultura, la “transvaloración de todos los valores”⁽¹³⁾ —esto es, la inversión de las formas de la cultura, alterando su inteligencia, su manejo y su interpretación— representa “el más íntimo carácter de toda civilización”, que termina destruyéndola.⁽¹⁴⁾

Cabe advertir que, en la época en que Spengler desarrolló sus tesis, el género humano estaba dividido por fronteras geográficas y culturales infranqueables; y su mérito consistió en haber derribado los mitos existentes acerca de la unidad y la continuidad lineal de la historia o de la universalidad y progresión permanente de la cultura.

No obstante lo cual, preciso es reconocer la identidad esencial del ser humano en las diversas épocas y en el prodigioso abanico de todas las culturas. Si así no fuera, no podríamos tener como referente de éstas a la humanidad. Y si son elementos esenciales de esa identidad humana la capacidad racional, la voluntad y la sensibilidad —que le permite amar y sentir—, no podemos negar que el ser humano, sin perjuicio de su propia evolución y de las diferencias típicas de la cultura y lugar en que le haya tocado vivir, ha tenido —a todo lo largo de su historia— aspiraciones e ideales semejantes. No es igual la vivencia de la democracia en Atenas, que en Inglaterra, los Estados Unidos o la India de la actualidad; pero la idea-fuerza de la democracia es semejante. No es idéntica la justicia de Salomón a la justicia de Dracón, ni éstas a la del pretor romano; ni todas las anteriores, a la justicia española, la francesa, la argentina o la chilena

Cada una de estas culturas imprime a su materia, que es el hombre, su forma *propia*; cada una tiene su *propia* idea, sus *propias* pasiones, su *propia* vida, su querer, su sentir, su morir *propios*. Hay aquí colores, luces, movimientos, que ninguna contemplación intelectual ha descubierto aún. Hay culturas, pueblos, idiomas verdades, dioses, paisajes, que son jóvenes y florecientes; otros que son ya viejos y decadentes; como hay robles, tallos, ramas, hojas, flores, que son viejos y otros que son jóvenes. Pero no hay ‘humanidad vieja’. Cada cultura posee sus propias posibilidades de expresión, que germinan maduran, se marchitan y no reviven jamás”, en SPENGLER, OSWALD, *op. cit.*, Madrid, Espasa-Calpe, 1983, t.I, p. 48..

(13) Expresión acuñada por Nietzsche y reelaborada por Spengler.

(14) “La Decadencia...” cit., tomo 1, p. 440.

de nuestros días, pero el ideal o la aspiración cultural de justicia es sorprendentemente semejante.

Y si así no fuera, ¿qué sentido tendría hablar de la **igualdad** de los Estados en los tratados internacionales?

El interrogante que antecede nos lleva a otro punto que también nos aparta de la concepción spengleriana. Aún concediendo que cada cultura sea un organismo parecido a las especies vegetales que brotan, crecen, se marchitan y mueren, en éstas no existe transmisión genética aprovechable por otras especies. En cambio, los valores culturales no sólo son apetecidos por otras culturas de inferior grado de desarrollo, sino que tienden a ser adoptados y adaptados por éstas a sus propios requerimientos. Roma no sólo se apropió de los dioses de Troya —salvados por Eneas— sino también de los valores éticos, jurídicos, urbanísticos, artísticos y sociales de Atenas. La cultura británica y sus valores políticos y morales han impregnado culturas tan distintas y distantes como son las de India y Pakistán.

Ya en la primera mitad del siglo XX quedó demostrado —primero con la Sociedad de las Naciones y luego con la Organización de las Naciones Unidas— que existen unos valores y unos requerimientos de las personas y de los pueblos, que son comunes a toda la humanidad. La explosión demográfica, el incremento a ritmo exponencial de las relaciones internacionales de todo orden y el fenómeno irreversible de la globalización han terminado de convencernos que la humanidad no es una abstracción sino un organismo viviente que protagoniza la crónica de cada día y cuyos más graves problemas se proyectan al futuro; y de allí los esfuerzos de las naciones cultas por detener la contaminación del medio ambiente y abogar por un desarrollo económico sustentable.

Viene, pues, produciéndose —al menos, desde mediados del pasado siglo— una universalización de la cultura, hermanada con la de los derechos humanos, y una expansión perceptible de los valores que emanan de aquélla y que sirven a éstos de fundamento.

Cabe advertir también que, siendo los valores la condensación de los más caros ideales de la cultura de cada pueblo, impregnan no sólo el derecho o la política, sino cada manifestación de la vida social. Así también las bellas artes, la investigación científica, la medicina, la tecnología, la diplomacia y cuantas expresiones de la cultura y de la vida social seamos capaces

de identificar, están empapados de los valores adecuados a su naturaleza, que constituyen su cauce y marcan sus límites de tal manera que, cuando éstos decaen o se transgreden, la respectiva actividad pierde su rumbo y termina corrompiéndose.

En este trabajo nos referiremos a los valores propios de nuestra disciplina, es decir, a los valores jurídicos; sin perder de vista que en nuestra cultura occidental existen otros valores de tan noble estirpe como el amor, la belleza, la abnegación, la sabiduría, la humildad, el heroísmo y tantos otros ideales estimables, que escapan del ámbito de lo jurídico pero, no obstante, lo enriquecen.

Llamaremos valores jurídicos a aquéllos que pueden expresarse en fórmulas aceptadas y exigibles en la conducta de los seres humanos, que son garantizables por el Estado y susceptibles de tutela judicial. Entre los valores relevantes de nuestra época, puede mencionarse la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, el estado de derecho y el pluralismo político.

3. Naturaleza, concepto y caracterización de los principios generales del derecho (PGD)

3.1. Naturaleza de los PGD

En una primera noción general, la doctrina ha categorizado a los PGD como una **fente** del derecho.⁽¹⁵⁾ La expresión “fente” tiene aquí su sentido literal de manantial: la vertiente de donde brota el derecho.

El positivismo elaboró una respuesta clara, simple y rotunda: el derecho sólo nace, vive y muere en la ley. Y los llamados PGD, por consiguiente, emanan de la ley y sólo en ella pueden ser desentrañados. Señala García De Enterría:

“El positivismo legalista era tributario del gran ideario ilustrado de la legalidad, con su equiparación metafísica entre ley y razón; y, a la vez, en cuanto construido sobre los dogmas rousseauianos, partía de la estricta correspondencia entre ley, como emanación de la voluntad general, y libertad hu-

(15) Ver la recepción de esta doctrina en el art. 1.1. del Código Civil español; después, de la reforma del Decreto 1836 de 1974, autorizada por la Ley 3 de 1973: “Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

mana. El advenimiento de ‘el reino de la ley’ fue saludado así como la aurora de una época nueva y luminosa en que la ‘alienación’ del individuo en la sociedad (que había hecho de aquél un ser ‘encadenado’ desde los orígenes mismos de la Historia) quedaría definitivamente rota, fundando con ello la posibilidad de un hombre nuevo”.⁽¹⁶⁾

Puede apreciarse que esta concepción mística de la ley era una consecuencia de la sacralización del postulado de la soberanía popular. Pero, al mismo tiempo que ella “liberaba” al hombre al dejarlo sujeto sólo a su propia voluntad, obligaba a “desencadenarlo” de todo otro lazo vinculatorio de su conducta, como no fuesen los preceptos de la propia ley.

De esta manera, quedando el derecho reducido en un recinto hermético de normas positivas, los PGD no podían subsistir sino como elementos de la propia legalidad, como coordenadas del tejido normativo que, cuando fuere necesario, había que descubrir e identificar, siguiendo el método inductivo, a partir de la legislación misma. Como anota Hernández Gil, ellos pasaban a constituir “las cotas máximas resultantes del proceso de inducción; de suerte que ya vienen dados, aún cuando no aparezcan enunciados”.⁽¹⁷⁾

Esta concepción rígida del derecho, que relegaba al juez a la condición de un autómatas, un ser inanimado —en la expresión de Montesquieu, “la boca que pronuncia las palabras de la Ley”—⁽¹⁸⁾ no podía durar mucho tiempo.

Las lagunas de la ley, que se pretendía llenar mediante un proceso de analogía o siguiendo el método de la expansión lógica de las normas singulares, carecían muchas veces de orillas firmes —esto es, de normas fundantes— para posibilitar la integración requerida. Y, entonces, la necesidad inexcusable de resolver los casos obligaba a la judicatura a recurrir a otras fuentes o a los propios principios generales; pero no ya entendidos

(16) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1984, p. 27. Las expresiones “alienación”, “liberación” y “encadenamiento” están tomadas en el sentido dado por Rousseau en *El Contrato Social*.

(17) HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *La Ciencia Jurídica Tradicional y su transformación*, Madrid, Civitas, 1981, p. 52.

(18) Ver MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, XI, 6. La exclusión del rol de ejecutor autómatas de la Ley fue declarada por la sentencia del 2-XI-1983 del T.C. español (BOE del 2-XII-1983) que ha establecido que el principio de legalidad no puede ser entendido en forma tan rigurosa que el juez quede “prácticamente reducido a ejecutor autómatas de la Ley”.

como emanaciones de las normas, sino como elaboraciones más universales, más amplias y más ricas que éstas, que sólo constituyen —por lo general— una concreción particular de aquéllos.

En el campo del derecho público, resulta sorprendente comprobar cómo, en la propia Francia —“la patria del legalismo”, en la expresión de Carl Schmitt— haya tenido lugar

“... el desarrollo de una jurisprudencia que, sobre la masa informe de las disposiciones casuísticas y perecederas, acertó a construir un sistema de auténticos principios generales en la actuación de la Administración y en su relación con los súbditos, desarrollo debido sobre todo a la obra gigantesca de un órgano animado de una parece que inextinguible vitalidad: el Consejo de Estado francés...”.⁽¹⁹⁾

Por fortuna, el positivismo legalista ha dejado de reinar —con su absolutismo avasallador— en la mayoría de los ordenamientos. Y no deja de causar asombro que sea, a veces, el propio legislador el que denuncie sus excesos y decida restablecer el justo equilibrio.

Es así que en el Preámbulo de la ley española reguladora de la Jurisdicción Contenciosa, puede leerse que:

“las conformidad o disconformidad del acto administrativo impugnado, queda referida genéricamente al Derecho, al Ordenamiento jurídico, **por entender que reconducirla simplemente a las leyes equivale a incurrir en un positivismo superado** y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones”.⁽²⁰⁾

Pues bien, los PGD son, antes que nada, **elaboraciones culturales**, respuestas que da cada sociedad a los requerimientos jurídicos de la vida de relación.

De allí que los principios generales no surgen necesariamente en el campo del derecho, sino que la cultura en que nacen los proyecta allí al igual

(19) GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 42.

(20) Ley de la Jurisdicción Contenciosa, de 27-XII-1956, publicada en el BOE N° 363 del 28-XII-1956.

que en cualquiera otra área que requiera su comparecencia, o una determinada concreción.⁽²¹⁾

Así, el principio de buena fe —no obstante impregnar substancialmente al derecho— se proyecta en la política, en la diplomacia, en la docencia, en el deporte, en el arte y hasta en la guerra. El respeto a la vida es un principio cultural fundante de la medicina, de la ecología, de la enfermería, de la veterinaria, de la farmacología, de la higiene pública y de muchas otras disciplinas.

Aplicado en el derecho, este principio adquiere concreción en la garantía constitucional del derecho a la vida, a la integridad moral y física y a la interdicción de la tortura y de todo apremio ilegítimo. Tienen conexión con este principio la protección de la vida del que está por nacer y la problemática de la pena de muerte. Ahora bien, ¿qué ocurre si entran en colisión inevitable el derecho a la vida de un nonato y el de supervivencia de su madre? ¿Tiene la sociedad derecho a imponer la pena de muerte —esto es, a privar del derecho a la vida— a delincuentes que pongan en grave riesgo su subsistencia? En estas situaciones de conflicto, el derecho aplica otro principio: el del “interés jurídico preponderante”. Ante el riesgo de pérdida inminente de uno de dos bienes, hay que salvar el que más vale. Y, sin embargo, a veces ocurre que, frente a un mismo conflicto de intereses, la aplicación de unas mismas ecuaciones conduce a soluciones distintas, en virtud de la diferente la gravitación o la ponderación social de los factores que están en juego. Así ocurre, precisamente, con la pena de muerte como sanción del terrorismo y con la penalidad del aborto terapéutico en los diferentes ordenamientos jurídicos occidentales.

Resulta oportuno hacer notar aquí que las soluciones que, en definitiva, elabora el derecho no son el fruto de una elucubración teórica sino la consagración decantada de una respuesta cuyo filtro ha sido el análisis y el afinamiento de la solución de numerosos casos que han debido resolverse previamente. No fue el derecho el que inventó la figura del aborto terapéutico. Fue un médico —o varios médicos— quienes tuvieron que decidir, en el quirófano, frente a su vocación de salvar la vida humana, si debían rescatar la de la madre —necesaria para los demás hijos y para

(21) Son clásicos de la Física, el principio de Arquímedes y los formulados por Galileo y Newton; el principio de Lavoisier, en la Química; la proporción áurea en la matemática y su aplicación, en las Bellas Artes; el principio del mínimo material, en la Ingeniería, etc.

toda su familia— o dejarla extinguirse para salvar la vida del feto, que la sacrificaba necesariamente. E igual cosa ha ocurrido con la legítima defensa, con el estado de necesidad, y con otras tantas respuestas culturales, antes que ellas fueron institucionalizadas por el derecho. Y es que, por una parte, el derecho se nutre y desarrolla a través de los problemas particulares y concretos que requieren solución y, por otra parte, la cultura no sólo es la acabada cosmovisión orgánica que cada sociedad elabora frente al universo —lo que Ortega y Gasset denominó “cultura objetiva”—; es, también, la participación en ella de cada miembro de esa sociedad, el reflejo vital que le hace reaccionar en consonancia con los valores, principios y pautas que ha ido asumiendo como propios —lo que Ortega llamó “cultura subjetiva”—.⁽²²⁾

Por otra parte, también existen PGD de origen, naturaleza y objeto exclusivamente técnicos; y que, por lo mismo, carecen absolutamente de tonalidad ética y de contenido valórico.

Consideremos —por ejemplo— el principio de **dextralidad** en la circulación vehicular del tráfico terrestre. Que un vehículo **deba** circular por la banda derecha de una vía no responde a valor alguno, ni es —moralmente— bueno ni malo. Tanto es así que, en una misma época y dentro de una misma familia cultural, ha habido y continúan existiendo países que consagran el principio contrario.⁽²³⁾ La respuesta cultural al problema del tránsito debió, sin embargo, decidirse por una de las dos opciones posibles, que en cada caso se resolvió siguiendo la costumbre establecida desde antes que la circulación llegase a ser un problema jurídico necesitado de regulación.⁽²⁴⁾

Esta opción amoral y avalórica constituye, no obstante, el principio vertebral de todos los códigos y leyes de la circulación; y las infracciones a ese principio, en sus expresiones normativas, traen aparejadas severas sanciones.

(22) ORTEGA y GASSET, JOSÉ, "Misión de la Universidad", en *El Libro de las Misiones*, Madrid, Espasa-Calpe, 1956.

(23) No sólo en el Reino Unido se circula por la banda izquierda. También en numerosos países colonizados por el Imperio Británico: entre ellos, Pakistán y la India, el segundo país más poblado de la tierra. En Argentina, hasta la década del 50, se conducía por la izquierda. Es curiosa la influencia de Inglaterra en las ferrovías de numerosos países cuyos trenes circulan por la izquierda. Asimismo, el antiguo Metro de Madrid, que data de 1919, de manufactura británica, corre por la izquierda.

(24) Parece ser que la tradición europea continental y americana deriva del costado del carruaje por donde lo abordaban y descendían los pasajeros: el derecho. En cambio la tradición británica —como no podía ser menos en un país de caballeros— obedeció al costado por donde se monta y se desmonta del caballo.

Dentro de esta categoría de principios desligados de todo contenido valorístico y de toda aspiración ética, pero que —a diferencia de los anteriores— reconocen domicilio en el campo del derecho, se sitúan aquéllos que son informadores de determinadas técnicas jurídicas.

El derecho no es sólo una ciencia, ni es sólo un complejo normativo. También es un arte: es aplicación de saberes. Y, como tal, posee una técnica propia —un modo de estructurarse, una manera de adquirir vigencia, una forma de aplicarse— que no es, por cierto, la menos importante de sus dimensiones.

Pues bien, estas técnicas jurídicas se elaboran a partir de principios, entre los que cabe citar el de jerarquía normativa —en lo que atañe a su estructura— el de publicidad de las normas —en lo relativo a su vigencia vinculante— y el de especialidad —en lo que concierne a su aplicación—. Estos principios técnicos abarcan, a veces, sólo una determinada área o sector de la actividad jurídica, como ocurre con el principio de jerarquía de las normas y de los órganos en el derecho constitucional o los principios de descentralización y de desconcentración, en el ámbito específico de la Administración Pública. Todos estos principios, amorales y avalóricos resultan claras cristalizaciones de respuestas culturales, a veces larga y prolijamente elaboradas, ante los respectivos requerimientos de la vida social.

3.2. Concepto y caracterización de los PGD

Podemos conceptualizar los PGD diciendo que son criterios guías, de carácter críptico o sumario, dotados de aptitud normogénica, que cada sociedad elabora conforme a su cosmovisión cultural, para asentar sobre determinadas bases y orientar hacia determinados objetivos la totalidad —o una área— de su ordenamiento jurídico.

- La expresión “criterios” indica una valoración de alternativas y una opción entre ellas. Cada principio, en efecto, tiene una polaridad y supone, por lo mismo, un principio contrario u opuesto. Así, el principio de centralización es contrario al de dispersión o descentralización; así, la legalidad y la razonabilidad se oponen a la arbitrariedad.
- La expresión “criterios guías” indica que la opción no es meramente intelectual, sino que es cultural, que tiene sentido y **fuerza** orientadora en determinado sentido y, por ende, es dinámica.
- El carácter críptico o sumario de los PGD no es sinónimo de simplicidad; significa, más bien, una riqueza conceptual traducida en una fórmula simple. Sobre el principio de **legalidad**, sobre su larga y prolífica gestación histórica y sobre

sus numerosos brotes en continuo florecimiento, podrían escribirse tratados sin agotar el tema; y, sin embargo, el principio se expresa con una sola palabra.

- La aptitud normogénica —o “jurígena”, como dice Ferreira—⁽²⁵⁾ significa que los principios no son normas, aunque ellos puedan estar contenidos en una norma, materia a la que nos referiremos al hablar de la positivación de los principios. Significa, también, que no es forzoso que ellos generen normas para continuar siendo principios; sólo deben tener aptitud o potencialidad de germinar en normas. Significa, por último, que no es necesario que tales normas contengan una determinación ética o valórica, con tal que sean reguladoras de conductas sociales, es decir, normas jurídicas.
- No parece necesario redundar en la tesis del origen supralegal, prejurídico y cultural de los PGD. Pero sí conviene recalcar que la opción por determinados PGD —entre los cuales debe existir una sólida coherencia— no es un ejercicio teórico, sino una selección vital que tiende a legitimar, en el consenso cultural de cada sociedad, el fundamento de las conductas que ella exige y que orienta las constantes de las relaciones sociales en el sentido de las aspiraciones y finalidades perseguidas por ella.
- Una breve glosa, por último, de la “generalidad” de los principios generales. ¿Está tomada en el mismo sentido que la “generalidad” de las leyes? Nos parece que no. El carácter general de la ley está dado en función de la generalidad de sus destinatarios: la ley es general porque rige para todos; y —por lo mismo— no es ley, en sentido material, aquélla que regula una situación particular. La generalidad de los principios, en cambio, se refiere al colectivo del derecho o, si se quiere particularizar, al colectivo de normas que cada principio impregna. Los principios generales los son porque se aplican o “informan” todo el ordenamiento o toda un área o una rama de la actividad jurídica; pudiendo concebirse excepciones, pero no “principios particulares” en sentido contrario.

Tal es, en apretado resumen, el concepto y la caracterización general de los PGD, que han venido teniendo una gravitación creciente —sobretudo a partir de mediados del pasado siglo— en la arquitectura constitucional.

3.3. Los PGD en el derecho constitucional

Todo el derecho constitucional está estructurado en una malla de principios armónicos que lo atraviesan, estructuran y unifican como la nervadura a la hoja y, en su virtud, los proyectan al resto del ordenamiento jurídico.

Hay Cartas Fundamentales que señalan expresamente los principios que las rigen. Así, la Constitución española, en su art. 9.3. “...garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la

(25) DELIA MATILDE FERREIRA RUBIO, “La Buena Fe. El Principio General en el Derecho Civil”, en *Los Principios Generales del Derecho*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1984, pp. 35 y ss.

irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos". La de Venezuela establece que la República Bolivariana "...se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad" (art. 4) y añade que el Gobierno de la República y las entidades políticas que lo componen "...es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables" (art. 6).

Hay otras Constituciones que no los singularizan pero que dejan traslucir claramente la identidad de los principios al que sus normas aluden. Así, la Constitución chilena consagra los principios de limitación de la soberanía (art. 5), de supremacía de la Constitución (art. 6), de legalidad (arts. 6 y 7), de probidad (art. 8), y de responsabilidad de la Administración del Estado (art. 38), entre otros; aunque en algunos casos no los identifica por su nombre. En la Constitución argentina, la libertad está consagrada en su art. 43; el sistema democrático y la ética pública, en su art. 36; la protección del medio ambiente, en el art. 41; la jerarquía constitucional de ciertas Declaraciones, Convenciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en el numeral 22 de su art. 75.

Siendo la finalidad un elemento esencial de las normas de derecho público, no se concibe una Constitución Política que no esté fundada en un plexo de principios —explícitos o implícitos— pues son ellos los que determinan la orientación de sus instituciones y de sus normas.

Ha dicho De Castro que los principios son "las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la nación". De allí que, desde la Suprema Ley que es la Constitución, los principios no sólo dan forma y orientan los preceptos de ésta sino que también se traspasan y alimentan las raíces de todas las normas que le quedan subordinadas.

4. Defensa de los valores en los fallos del Tribunal Constitucional Chileno (TCCH)

Desde el reinicio de sus funciones bajo el imperio de la nueva Constitución de 1980,⁽²⁶⁾ el TCCH se ha preocupado por poner en relieve el carác-

(26) El TC fue creado en 1970, durante la vigencia de la Constitución de 1925. El Gobierno Militar de 1973 lo disolvió —mediante el decreto-ley N° 119/1973— porque "La existencia

ter axiológico de la Carta Fundamental y la trascendencia de los valores como fuente rectora del ordenamiento jurídico.

En algunas ocasiones, el TC ha resaltado este carácter en un sentido general pero, en otras, ha señalado la relevancia de ciertos valores específicos de la Carta Fundamental.

Respecto de la trascendencia de los valores en general, el TCCH ha establecido:

“Que el contenido del artículo 19 de la Carta Fundamental (compilación de los Derechos Constitucionales), conjuntamente con sus artículos 1, 4 y 5, inciso segundo, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como limitación del ejercicio de la soberanía y como deber de los órganos del Estado” (Sentencia Rol N° 1185/2008, Considerando 11. Ver también Consid. 12 y 13).

También ha puntualizado que:

“Sólo cuando el Congreso Nacional excede su ámbito de atribuciones, infringiendo los márgenes contemplados en el texto, principios o valores esenciales de la Carta Fundamental, o violenta el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido (vid., entre otros, roles Nos. 231, consid. 7°; 242, consid. 3°; 465, consid. 23°; 473, consid. 11°; 541, consid. 15°; 664/2006, consid. 22°; 786 y, más recientemente, 1361)” (Sentencia Rol N° 1254/08, de 29-VIII-2009, Consid. 26).

Relevancia de ciertos valores específicos.

La dignidad de la persona. La esencia del ser humano, en su racionalidad, en su libre albedrío, en su rica sensibilidad, en su fragilidad frente al uni-

del mencionado Tribunal Constitucional es innecesaria...”. Pero la Constitución de 1980 volvió a instituirlo con otra composición y mayores atribuciones.

verso y en su vocación por dominarlo y, en fin, en su carácter respetable y su condición irrepetible, radica en su dignidad.⁽²⁷⁾

El art. 1 de la Constitución Política de la República (CPR), en su primera línea, dice así: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

El TCCH ha declarado, en numerosos fallos, la importancia que debe asignarse a la dignidad de la persona humana como centro de imputación de todo el derecho —especialmente, del derecho constitucional— y como fuente de todos los derechos públicos subjetivos.

El TCCH ha dicho:

“Que de la dignidad, valor que singulariza a toda persona humana, se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. De esos atributos se nombran aquí, por su vínculo directo con la causa a ser decidida, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la protección de la salud y a la seguridad social, cuyo ejercicio legítimo la Constitución exige respetar siempre, incluyendo la esencia inafectable de lo garantizado en ellos” (Rol N° 1287/2008; Sentencia de 08-IX-2009, Consid. 17).

También el TCCH ha establecido:

“Que, en esta perspectiva, el reconocimiento del derecho a la identidad personal —en cuanto emanación de la dignidad

(27) Ver DE UNAMUNO, MIGUEL, *La Dignidad Humana*, Bs. As., Ed. Espasa-Calpe, 1949; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, “La Dignidad de la Persona”, Discurso de Incorporación a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1986. También nuestros “La Dignidad de la Persona en el Ordenamiento Jurídico Español”, en *XV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Edeval, 1985 y “La Dignidad de la Persona”, Discurso Inaugural de *XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Edeval, 1994, t. I. Ver también SCHELLER, MAX, *El puesto del hombre en el Cosmos*, Bs. As., Losada, 1938, pp. 54/55; VERDÚ, PABLO LUCAS, *Estimativa y Política Constitucionales*, Madrid, Fac. de Derecho, Univ. Complutense, 1984; SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, “El Estado al Servicio de la Persona Humana”, en *Rev. de Derecho Público*, Univ. de Chile, n° 57/58, 1995; SOTO KLOSS, EDUARDO, “La Dignidad de la Persona, Fundamento de los DD.HH.”, en *Rev. de Derecho Público*, Univ. de Chile *Ibid.*, n° 41/42, 1987; GARCÍA HUIDOBRO, JOAQUÍN, “El hombre y su dignidad”, en *Rev. de Derecho Público*, Univ. de Chile, n° 50, 1991; HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, “La dignidad de la persona, derechos esenciales e igualdad”, en *Ius et Praxis*, Univ. de Talca, año 3, n° 2, 1997..

humana— implica la posibilidad de que toda persona puede ser ella misma y no otra, lo que se traduce en que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Si bien esta forma de entender el derecho a la identidad personal se deriva del artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño, no cabe restringir su reconocimiento y protección a los menores de edad. Ello, porque el derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo, inherente a toda persona, independientemente de su edad, sexo o condición social (...).

La estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece. Desde este punto de vista, el derecho a la identidad personal goza de un status similar al del derecho a la nacionalidad del que una persona no puede carecer (...).

Las consideraciones que preceden justifican, precisamente, incluir el derecho a la identidad personal entre aquellos derechos esenciales a la naturaleza humana a que alude el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, y que se erigen como límite de la soberanía, debiendo los órganos del Estado respetarlos y promoverlos, ya sea que estén asegurados en la propia Carta Fundamental o en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (Rol N° 1340/2009; Sentencia de 29-IX-2009, Consid. 10).

Respecto de la Libertad, el TCCH —haciendo suyo un párrafo del Informe de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución— ha dicho:

“El primer precepto de este capítulo contiene el principio fundamental de que ‘los hombres nacen libres e iguales en dignidad’. Hemos querido consagrar esta norma no sólo inspirados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sino especialmente en la tradición libertaria de Chile, respetuosa de la persona humana como ser dotado de inteligencia y voluntad libre por su Creador. El respeto a la digni-

dad y libertad del hombre es, pues, el principio fundamental que inspira la nueva Constitución” (S.TCCH, de 21-XII-87, Rol N° 46/1987, Consid. 17).

Entendemos la libertad —en sentido genérico— como la facultad del ser humano para pensar, expresarse, obrar y decidir entre dos o más alternativas, o de no hacerlo, siempre que actúe dentro del derecho y respetando la libertad ajena.

Isaiah Berlin, más brevemente, la define como “el ámbito en que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros”.⁽²⁸⁾

El art. 1 de la Constitución —como ya adelantamos— proclama la libertad e igualdad de las personas en lo tocante a su dignidad y sus derechos.

Esta idea general de libertad se desarrolla luego en el Cap. III que trata “De los derechos y deberes constitucionales”, donde se articula —en la vertiente personal del valor libertad— el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia (art. 19, n° 4); la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (art. 19, n° 5); la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos (art. 19, n° 6); el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual (residencia y libertad ambulatoria) así como las garantías de esta libertad y de su legítima privación (19, n° 7).

En su vertiente social el valor libertad se expresa en el derecho a la educación (art. 19, n° 10); en la libertad de enseñanza (art. 19, n° 11); en la libertad de expresión por cualquier medio de comunicación (art. 19, n° 12); en los derechos de reunión (art. 19, n° 3) y de asociación (art. 19, n° 15); en el derecho de petición (19 N° 14); en la libertad de emprender y desarrollar cualquiera actividad económica (art. 19, n° 21) y, en fin, en la libertad para adquirir toda clase de bienes (art. 19, n° 23).

El TCCH ha declarado que “... el ordenamiento institucional (...) descansa sobre ciertos principios y valores básicos, entre los cuales cabe señalar los siguientes: la libertad del hombre, que los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y a la Constitución...”. Y “Que estos preceptos (arts. 1°, 4°, 5° y 19°) no son meramente declarativos

(28) Ver significados de “libertad” en BOBBIO, NORBERTO y MATEUCCI, NICOLA, *Diccionario de Política*, Madrid, Ed. Siglo XXI, 1983, t. II; RUÍZ MIGUEL, ALFONSO, “Sobre los conceptos de Libertad”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, n° 2, 1983; y PATTERSON, ORLANDO, *La Libertad*, Santiago, Ed. Andrés Bello, 1993.

sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados...” (Sentencia Rol 46, de 21-XII-87, Consid. 19 y 21).

Respecto de la privación de libertad por deudas pecuniarias el TCCH ha dicho:

“...debe recordarse que este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en ocasiones anteriores acerca de la institución de la ‘prisión por deudas’, prohibida por los tratados internacionales a que se ha hecho referencia. En tales ocasiones ha sostenido que sus normas persiguen proscribir que una persona se privada de su libertad como consecuencia del no pago de una obligación contractual, esto es, de aquella derivada de un acuerdo de voluntades que vincula a las partes en el ámbito civil. Ha afirmado, en este sentido, que ‘lo prohibido es que la conducta de no pagar una obligación pecuniaria sea tratada jurídicamente como causa de una sanción privativa de libertad’” (Sentencia Rol Rol N° 1145/2008, de 17-III-2009, Consid. 25).

La Igualdad.

Hemos señalado que nuestra Carta Fundamental en su primera disposición declara que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (art. 1, inc. 1).

El mismo precepto pone a cargo del Estado el deber de “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional” (art. 1, inc. 5).

En la Constitución chilena el valor igualdad se manifiesta mediante tres fórmulas operativas, a saber: a) la afirmación de la igualdad en determinados atributos de las personas, como son su dignidad y sus derechos esenciales; b) la prohibición de discriminar, que constituye una forma negativa de asegurar la igualdad; y c) el “deber de los órganos del Estado (de) respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (art. 5, inc. 2).

El TCCH ha sostenido que:

“... la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas

para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes (...) La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición ... Es decir, 'la igualdad ante la ley presupone que se trate en forma igual a quienes son efectivamente iguales, y sólo a ellos y en forma desigual a quienes no lo sean'. Ahora, si se hacen diferencias, pues la igualdad no es absoluta, es necesario que ellas no sean arbitrarias (...) 'La razonabilidad es el cartabón o estándar de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad'" (Sentencia de 31-VII-1995, Rol N° 219, Consid. 17).⁽²⁹⁾

También el TCCH ha puntualizado: "Que, como lo ha precisado esta Magistratura, 'la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio persona o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario" y "Que por otro lado, como lo ha señalado esta Magistratura en diversos pronunciamientos (roles 755 y 790, entre otros), el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador;" (Sentencia Rol N° 1254, de 29-VII-2009, Consid. 48° y 56°, respectivamente).

La Justicia.

La justicia es la finalidad esencial de todos los tribunales y su objetivo —en todas las épocas— ha sido resolver de manera civilizada los conflictos que se generan en las relaciones humanas.

(29) En igual sentido, ver S.TCCH de 08/IV/1985, Rol 28 y S.TCCH de 5-IV-1988, Rol 53, F.J. 72°.

El TCCH ha amparado la igualdad de las personas en su acceso a la justicia o tutela judicial, la necesidad de un debido proceso en toda actividad jurisdiccional y el respeto irrestricto a la esencia de los derechos de las personas.

En lo tocante al **acceso igualitario a la justicia**, el TCCH ha dicho:

“NOVENO. Que, de este modo, jurisprudencia uniforme y reciente de este Tribunal ha reafirmado que el derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial efectiva, es uno de los derechos asegurados por el N° 3° del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgado, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente.

DÉCIMO. Que la misma jurisprudencia ha señalado que, en el actual estado de desarrollo del derecho nacional e interpretando la garantía constitucional de acceso a la justicia con un criterio finalista, amplio y garantista, la limitación al derecho a la tutela judicial que impone el precepto legal impugnado aparece despojada de la razonabilidad y justificación que precisaría para ser aceptada como constitucionalmente admisible a la luz de lo dispuesto en el N° 26° del artículo 19 de la Carta”. (Rol N° 1332/2009; Sentencia de 21-VII-2009).

En relación al debido proceso, el TCCH ha establecido:

“VIGÉSIMO. Que, en lo que se refiere al debido proceso, como se sabe, la Carta Fundamental otorga un mandato al legislador, en su artículo 19, N° 3°, inciso quinto, para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lu-

gar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles son los presupuestos mínimos del mismo;

VIGESIMOPRIMERO. Que, sin embargo, ello no significa que el legislador goce de completa autonomía para delimitar dichos elementos, como reiteradamente se ha sentenciado (roles N° 376, 389, 478, 481, 821, 934 y 986, entre otros). En tal sentido, esta Magistratura ha señalado que entre ellos debe considerarse 'el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador' (Rol 481). De igual forma se ha entendido entre las bases de un debido proceso 'el principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia, comprensivo del conocimiento oportuno de la acción, el derecho a formular las defensas y de rendir y controvertir las pruebas' (Rol 1202);

VIGÉSIMOSEGUNDO. Que, en suma, se ha concluido que 'el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores...' (Rol N° 1432);" (Rol N° 1307/2009. Sentencia de 20-I-2011).

En cuanto al respeto de la esencia de los derechos, el TCCH ha resuelto:

"DÉCIMO. (...) Asimismo, este Tribunal ha exigido que las restricciones o limitaciones al ejercicio de un derecho se encuentren determinadas por el legislador, no vulneren el principio de igualdad ante la ley y respeten el numeral 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental, que prohíbe afectar los derechos en su esencia o imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Al explicar el alcance de lo que significa impedir el libre ejercicio de un derecho, esta Magistra-

tura ha afirmado constantemente que ello ocurre cuando el legislador ‘lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.’ (Sentencia de 24 de febrero de 1987, Rol N° 43, criterio reiterado en varias sentencias posteriores). De análogo modo, el Tribunal ha reiterado que el legislador, dentro de su ámbito de autonomía para legislar, debe elegir aquellas opciones que impliquen una limitación menor de los derechos, estándole prohibido afectar su contenido más allá de lo razonable, con relación a los objetivos que se quiere lograr. Asimismo, el Tribunal ha sostenido que si bien el legislador tiene autonomía para reglar el ejercicio de un derecho, debe hacerlo ‘en forma prudente y dentro de latitudes razonables’ (Sentencias de fechas 30 de octubre de 1995 y 20 de octubre de 1998, roles N° 226 y 280, respectivamente; cuya doctrina fue reiterada en la sentencia de 22-VII-2008, Rol N° 1046)“.

El pluralismo político.

Este valor es consubstancial con la democracia. La Carta Política dictada por el régimen militar, que propiciaba “una democracia protegida”, incluía una disposición —el art. 8— que declaraba inconstitucionales a las organizaciones, movimientos o partidos políticos “destinados a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases” y los calificaba de “ilícitos y contrarios al ordenamiento institucional de la República”. Esta disposición —que sancionaba a los infractores con duras sanciones civiles y políticas— fue derogada por la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825 de 1989, que estableció en art. 19 N° 15, el pluralismo político.

Afortunadamente, la custodia de este valor —positivado en la Constitución— y amparado por una acción pública de que conoce el TCCH, sólo ha dado lugar, desde esa fecha, a un solo requerimiento cuyas consideraciones más significativas pasamos a examinar:

El TCCH ha señalado que:

“La reforma constitucional del año 1989 derogó el art. 8 como base de la institucionalidad y trasladó la norma al Capítulo de los derechos y Deberes Constitucionales, en lo referido al

derecho de asociación política. El renovado inciso sexto del N° 15 del artículo 19 se inicia garantizando el pluralismo político. Así, pese a los debates doctrinarios en torno a si el antiguo artículo 8° facultaba o no la persecución de ideologías, lo cierto es que con la reforma se puso término a toda posibilidad de fiscalizar y prohibir la difusión de ideas, al eliminar de la norma expresiones tales como ‘destinado a propagar doctrinas que’ y ‘que propugnen la violencia o una concepción de la sociedad’, con lo que se restringió el objeto de control: se pasó de un campo de persecución de la propagación de las doctrinas o ideologías a la sanción de actos o conductas en determinadas hipótesis. De esta manera, el actual artículo 19 N° 15, inciso sexto, no consagra una exclusión ideológica ni limita el pluralismo; por el contrario, lo considera como un valor” (Rol N° 567/2006, Consid. 14 y 18).

Más adelante ha agregado:

“Que la democracia únicamente puede existir de la mano del pluralismo, cuyo antecedente histórico es la tolerancia. El pluralismo se enmarca dentro de la libertad, tanto en el campo de las creencias e ideas como en el de las organizaciones voluntarias, entre las que cabe señalar a los partidos o movimientos políticos. Se define por el reconocimiento de la diversidad. Su nombre deriva de la pluralidad de los ciudadanos y sus derechos. Es la antítesis de la uniformidad. El pluralismo comprende la libertad para elaborar ideas, el derecho a difundirlas, y a organizarse para llevarlas a la práctica. De tal forma, en la democracia pluralista siempre habrá una tensión entre consenso y disenso. Ambos elementos deben encontrar un equilibrio adecuado en la ‘concordia discors’, de tal manera que se permita la inclusión del otro respetando su diversidad” (Consid. 22).

Y también ha puntualizado:

“Que el inciso sexto del artículo 19 N° 15 de la Constitución debe interpretarse en concordancia con el derecho de asociación y el pluralismo político que ese mismo artículo garantiza. Ello ha de entenderse, además, en coherencia con las Bases de la Institucionalidad, cuyo artículo 4° señala que

‘Chile es una república democrática’, en el entendido que admite como legítimos los diversos intereses, ideas y opiniones, y establece reglas para dirimir pacíficamente los conflictos y las controversias” (Consid. 21 del mismo fallo).

5. Amparo de los principios que sustentan la Constitución, por el Tribunal Constitucional Chileno

El TCCH ha puesto en relieve y brindado protección a numerosos principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico, entre los que cabe destacar el de jerarquía normativa, cuya más alta expresión es la Supremacía de la Constitución, la limitación de la soberanía, la autonomía de las asociaciones intermedias entre la persona y el Estado, la servicialidad de éste a la persona humana, el principio de subsidiariedad, el principio de legalidad o juridicidad, el de responsabilidad constitucional, la separación de poderes o —mejor dicho— la distribución de funciones entre los órganos del Estado, la probidad, la publicidad de las normas y de los actos de derecho público y el de coherencia normativa.

Dada la extensión de esta materia, sólo nos referiremos a los fallos que nos parecen más relevantes.

Supremacía de la Constitución. El TCCH ha sentenciado:

“OCTOGÉSIMO SEGUNDO. Que el principio de supremacía constitucional está consagrado como una de las bases esenciales de la institucionalidad en el artículo 6° de la Carta Fundamental, que expresa en tal sentido lo siguiente:

‘Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República’ (Inciso primero).

‘Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo’ (Inciso segundo);

OCTOGÉSIMO TERCERO. Que para preservar la plena vigencia de dicho principio la Carta Fundamental estableció un sistema de jurisdicción constitucional complejo del cual el Tribunal Constitucional es un órgano esencial. En este sentido Teodoro Ribera ha destacado que ‘del cúmulo de atribuciones que el constituyente (...) le ha concedido (...) se des-

prende que este organismo es la culminación del Estado de Derecho, la cúspide del poder neutro o función contralora y el supremo guardián ordinario de la Constitución” (Rol N° 1288/2008. Sent. de 25-VIII-2009 sobre la LOC. Modificatoria del propio TCCH).

También el TCCH ha dicho sobre este principio:

“SEXTO. Que, al respecto, cabe señalar que el parámetro de referencia que tiene en cuenta esta Magistratura al resolver una inaplicabilidad, es sólo la Constitución. La norma contra la cual debe examinarse el precepto legal objetado es únicamente la Constitución, no la ley.

En primer lugar, porque el recurso de inaplicabilidad es un mecanismo destinado a garantizar la supremacía constitucional. Su propósito es lograr lo dispuesto en el artículo 6° de la Carta, según el cual ‘los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución’. La inaplicabilidad busca que las normas legales no puedan aplicarse en una gestión judicial pendiente por el juez llamado a resolverla, si éstas no se ajustan a la Carta Fundamental. El parámetro de referencia que tiene el Tribunal Constitucional al emprender esta tarea es única y exclusivamente la Constitución” (Rol N° 1284/2008; Sentencia de 24-IX-2009).

Limitación del ejercicio de la soberanía.

El TCCH ha precisado que:

“... Cuando la Carta Fundamental ‘asegura’ determinados derechos a las ‘personas’, sólo está reconociendo atributos propios de su naturaleza. En otros términos, no es la Constitución la que ha creado esos derechos sino que, simplemente, se ha limitado a reconocerlos, a regular su ejercicio y a garantizarlos a través de mecanismos jurídicos adecuados para no tornar ilusoria su protección. De allí que el propio ejercicio del Poder Constituyente, en cuanto expresión de la soberanía de la nación, reconoce como límite el ‘respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana’, tal y como ordena el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental” (Rol N° 740/07; sent. de 18-IV-2008, Consid. 47).

Autonomía de las asociaciones o grupos intermedios.

El TCCH ha dicho al respecto:

“...La autonomía de los cuerpos asociativos —una de las bases esenciales de la institucionalidad— se configura, entre otros rasgos esenciales, por el hecho de regirse por sí mismos; esto es, por la necesaria e indispensable libertad para organizarse del modo más conveniente según lo dispongan sus estatutos, decidir sus propios actos, la forma de administrarse y fijar los objetivos o fines que desean alcanzar, por sí mismos y sin injerencia de personas o autoridades ajenas a la asociación, entidad o grupo de que se trata. No significaría ello, en modo alguno, que puedan estos entes actuar de manera ilegal, dañosa o ilícita, amparándose en la referida autonomía, ya que incurrir en excesos en su actuación quedan, obviamente, sujetos a las responsabilidades consecuenciales que toca a los tribunales de justicia conocer, comprobar y declarar en el correspondiente debido proceso...” (Rol N° 184/1994 sentencia de 07-III-1994, Consid. 7).

También el TC ha manifestado:

“QUINCUAGÉSIMO SEXTO. Que dichas asociaciones se distinguen, en primer lugar, porque son voluntarias, pues ‘nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación’ (artículo 19 constitucional, N° 15); y ‘ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos’ (artículo 19 constitucional, N° 16, inciso cuarto). Como ha dicho esta Magistratura, ‘esta libertad consiste precisamente en el poder de autodeterminarse en cuanto pertenecer o no, crear o no, una sociedad, asociación o grupo corporativo específico, vale decir no se coaccionado a integrarse a un determinado ente societario, acoger o no, libremente, como miembro a un determinado sujeto que desee integrarse a él, en fin retirarse o no de ese grupo o cuerpo asociativo libremente’ (STC rol Rol N° 184/1994).

Estas organizaciones, en segundo lugar, tienen autonomía (artículo 1° constitucional, inciso tercero) que ‘...se configura, entre otros rasgos esenciales, por el hecho de regirse por sí

mismas; esto es, por la necesaria e indispensable libertad para organizarse del modo más conveniente según lo dispongan sus estatutos, decidir sus propios actos, la forma de administrarse y fijar los objetivos o fines que deseen alcanzar, por sí mismas y sin injerencia de personas o autoridades ajenas a la asociación, entidad o grupo de que se trata. No significa ello, en modo alguno, que puedan estos entes actuar de manera ilegal, dañosa o ilícita, amparándose en la referida autonomía, ya que de incurrir en excesos en su actuación quedan, obviamente, sujetos a las responsabilidades consecuenciales'. (STC rol 184-94). La autonomía 'es la potestad o capacidad de gobierno, mediante autoridades y normas propias, que incumbe a cada grupo intermedio. Autonomía es, en este sentido, libertad de formación, de organización y actuación frente al Estado y a otros grupos. El Estado, entonces, señala el marco normativo global dentro del cual los grupos intermedios se desenvuelven, pero se compromete a respetar el derecho de ellos a dictar su normativa y a hacerla cumplir por medios propios'. La autonomía implica que no exista 'intromisión de personas o autoridades ajenas a la asociación o grupo' y que la autoridad pública no intervenga 'sino en la medida que infrinjan el ordenamiento o su propio estatuto o ley social' (STC rol 226/95). Por eso, lo que les garantiza la Constitución es 'la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos'. 'Adecuada' significa 'apropiada, proporcionada o conveniente para los fines específicos del grupo'. De ahí que si intervienen 'indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos', son sancionables en conformidad a la ley (artículo 23 constitucional)" (Rol N° 1295/2008. Sentencia de 06-X-2009).

Sobre la autonomía universitaria, el TCCH ha precisado:

"VIGÉSIMOPRIMERO. Que, sin perjuicio de lo anteriormente señalado, debe tenerse presente que la autonomía universitaria tiene fundamento en la autonomía de los cuerpos intermedios, reconocida en el artículo 1º, inciso tercero, de la Constitución Política de la República;

VIGÉSIMOSEGUNDO. Que, en efecto, esta última disposición no sólo reconoce y ampara a los cuerpos intermedios,

sino que, además, les garantiza la adecuada autonomía para alcanzar sus propios fines específicos” (Rol N° 523/2006. Sentencia de 19-VI-2007).

Servicialidad del Estado.

Dice el art. 1 CPR., en su párr. 4: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, etc.”.

El TCCH ha dicho:

“...primero es necesario distinguir entre las funciones públicas y el servicio público. Las primeras son inherentes al Estado, de modo tal que sin ellas éste no podría subsistir; también se distinguen porque son comunes a todo Estado y son realizadas por órganos públicos. Es el caso de la función legislativa, de la función ejecutiva y gubernativa, y de la función jurisdiccional. El servicio público, en cambio, se expresa en actividades que no pertenecen al Estado en su esencia, pero que éste asume por razones técnicas, económicas y/o sociales, sin que eso impida la participación de particulares. Por lo mismo, requieren una decisión legislativa. De ahí que las actividades de servicio público varíen de un Estado a otro”.

También es necesario distinguir entre la necesidad colectiva y la necesidad pública. La primera surge por el hecho de vivir en sociedad. Por ejemplo, el transporte, el vestuario y la alimentación. La regla general es que estas carencias sean cubiertas por las propias personas, individual o asociadamente. Cuando el Estado asume esa necesidad colectiva como propia, es decir, cuando declara por ley que debe ser satisfecha con una determinada prestación por cierto órgano y bajo un cierto régimen jurídico, la publica. Con ello transforma la necesidad colectiva en necesidad pública, y asume que esa carencia no sería bien atendida o satisfecha si permaneciera en manos privadas” (Rol N° 1295/2008; Sentencia de 02-X-2009, Consid. 53).

Principio de Subsidiariedad.

El TCCH ha explicado este principio de la siguiente manera:

“QUINCUAGÉSIMO OCTAVO. Que el principio de subsidiariedad se consagra en el artículo 1° de la Carta Fundamen-

tal y es 'uno de los principios rectores del orden social' (STC rol 352/02). De acuerdo a éste, 'al Estado no le corresponde absorber aquellas actividades que son desarrolladas adecuadamente por los particulares, ya sea personalmente o agrupados en cuerpos intermedios. Ello se entiende sin perjuicio, por cierto, de aquellas que, por su carácter, a de asumir el Estado. Eso explica el reconocimiento y amparo que el artículo 1º, inciso tercero, de la Constitución presta a los grupos intermedios' (STC rol 352/02). Este principio ayuda a comprender el rol del Estado, pues implica 'alternativamente, en un sentido, que el Estado no tome a su cargo lo que puedan en buenas condiciones realizar las personas y los entes colectivos y, a la inversa, la obligación del Estado de proveer a la satisfacción de las necesidades colectivas, cuanto los particulares no estén en posibilidad de lograrlo' (Silva Bascuñán, A.; *op. cit.*, pp. 51/52).

Este principio tiene dos dimensiones. En su dimensión negativa, el Estado 'no debe intervenir en las actividades de las sociedades intermedias cuando desarrollan su actividad y fines real y eficazmente dentro del bien común;' ... Por su parte, su dimensión positiva '...implica una protección de las sociedades o grupos intermedios menores frente a los mayores, como asimismo un derecho de intervenir del Estado, cuando las sociedades intermedias no sean capaces de realizar su actividad real o eficazmente o cuando ellas atenten contra el bien común. En tal caso, el Estado debe suplir su tarea, removiendo los obstáculos y restableciendo, una vez superados estos últimos, la autonomía de las sociedades intermedias afectadas'" (Rol N° 1295/2008 Sentencia de 06-X-2009).

Principio de legalidad o juricidad.

El TCCH ha dictaminado:

"CUADRAGÉSIMOCTAVO. Que el aludido principio, conocido tradicionalmente bajo el nombre de 'principio de clausura del derecho público', supone que el ejercicio de las competencias de las autoridades públicas se realice de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y las leyes, de forma que se disminuya el riesgo de la extralimitación de funciones.

Desde este punto de vista, cabe hablar, más propiamente, de principio de juricidad, en la medida que asegura el sometimiento integral de las autoridades públicas al imperio del ordenamiento jurídico en su conjunto” (Rol 790/2007; Sentencia de 11-XII-2007).

Principio de responsabilidad constitucional.

El TCCH ha señalado:

“DECIMOTERCERO. Que el principio de responsabilidad así concebido no queda restringido al ámbito puramente legal, pues está incorporado al ordenamiento constitucional que no sólo otorga rango constitucional a la responsabilidad civil y penal, al remitirse a ellas la Carta Suprema en numerosos casos en que las alude directamente, o lo hace respecto de ciertos delitos o de los daños y perjuicios que causan determinadas autoridades o ciertas circunstancias, sino que, además, consagra estatutos de responsabilidad constitucional concretos, o encomienda expresamente al legislador hacerlo;

DECIMOCUARTO. Que un ejemplo de lo señalado en el considerando precedente es que tanto el artículo 6° de la Carta Fundamental, que consagra el principio de supremacía constitucional y la fuerza obligatoria directa de la Constitución, como el artículo 7°, que consagra el principio de juricidad, encomiendan a la ley determinar las responsabilidades y sanciones que se originen en el incumplimiento de estas disposiciones fundamentales de nuestro ordenamiento institucional” (Rol 943/2007; Sentencia de 10-VI-2008).

Principio de división de funciones (estado de derecho).

En el primer fallo que declaró la inconstitucionalidad de un precepto legal, expulsándolo del ordenamiento jurídico, el TC estableció:

“SÉPTIMO: Que, por otra parte, debe considerarse que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable en los casos particulares, en nada vulnera sino que, por el contrario, refleja y garantiza el necesario respeto hacia la labor de los órganos colegisladores y la plena eficacia de la presunción de constitucionalidad de la

ley generada por los órganos legitimados para ello dentro de un Estado democrático. Este principio, reiterado en la jurisprudencia de este Tribunal, constituye una expresión que concreta la separación de funciones del Estado y su asignación a los órganos competentes, que se encuentra expresamente establecida en el artículo 7º, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

Asimismo, el control a posteriori de constitucionalidad de la ley, que puede derivar, como en este caso, en la expulsión de un precepto del ordenamiento jurídico positivo, es una competencia que procura regular el correcto funcionamiento y la eficacia del Estado de Derecho, lográndose con ello el fortalecimiento constante de los sistemas de frenos y contrapesos en el actuar de los órganos del Estado en forma compatible con aquella división de funciones prevista en los artículos 6º y 7º de la Constitución” (Rol N° 681/2006; Sentencia de 26-III-2007).

Principio de Probidad.

Antes de la Reforma Constitucional de 2005, este principio estaba establecido con rango legal en el ámbito de la Administración del Estado. En virtud de la reforma, adquirió rango constitucional en el art. 8 CPR y se extendió al ejercicio de todas las funciones públicas.

El TCCH ha señalado, a este respecto, que:

“La probidad está asociada, cada vez que la define el legislador, a la preeminencia del interés general sobre el particular, al desempeño honesto y leal de la función o cargo y a la observancia de una conducta intachable. La probidad está consagrada como principio en la Constitución (artículo 8º). Todas las funciones públicas, independientemente de que las realice un funcionario o un particular encomendado por el Estado para este propósito, están vinculadas a un cumplimiento estricto del principio de probidad en todas sus actuaciones. Nótese que la Constitución emplea la expresión ‘estricto’, es decir, ajustado enteramente; y no deja espacios francos o libres, pues habla de que en ‘todas sus actuaciones’ debe regir este principio. Incluso, se establece en la propia norma constitucional que el conflicto de interés en el ejercicio de la función pública puede justificar intervenciones sobre el patrimonio de los funcionarios”.

Respecto de los abogados, ha precisado también que:

“No sólo los órganos del Estado ejercen funciones públicas, sino que también los privados. En efecto, respecto de los abogados se ha dicho que ‘se trata de personas que desempeñan una función pública y deben colaborar al servicio judicial desempeñando sus funciones con altura de miras y sin olvidar nunca el interés general que están llamados a cautelar” (Sentencia Rol N° 1413/2009 de 16-XI-2012; Consid. 13 al 15).

Principio de publicidad.

Este principio —incorporado también al art. 8 CPR por la Reforma Constitucional de 2005— afecta a los actos y resoluciones de los órganos del Estado. No obstante que este principio refuerza el de probidad, sin duda que es distinto e independiente de éste.

El TCCH ha establecido:

“DECIMOSÉPTIMO. Que el carácter reservado de la investigación sumarial sólo está dispuesto en la letra d) numeral 4° del Auto Acordado, pues no lo establecen así los preceptos legales contenidos en el Título XVI del Código Orgánico de Tribunales, que se refieren a la jurisdicción disciplinaria. Por su parte, en inciso segundo del artículo 8° de la Constitución, en resguardo del principio de probidad, establece que ‘son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilizan...’, agregando que ‘...sólo una ley de quórum calificado podrá establecer reserva o secreto de aquéllos o de éstos...’. Si bien el artículo 4° transitorio de la Carta Fundamental valida las leyes ordinarias vigentes con anterioridad a su entrada en vigor que se refieran a materias reservadas por el Constituyente a las de carácter orgánico constitucional o de quórum calificado, no hace otro tanto con los Autos Acordados que regulen esas materias. Por ende, la contradicción de la norma impugnada con la Carta Fundamental se hace evidente con el solo contraste de la literalidad de ambos preceptos, pues mientras el de rango inferior, las letra d) del Auto Acordado establece una reserva absoluta del sumario administrativo —el que se compone de actuaciones y resoluciones de un

órgano del Estado—, reserva que alcanza incluso al funcionario sujeto a investigación, el precepto de mayor jerarquía, contenido en el artículo 8° de la Carta Fundamental, dispone la publicidad de los procedimientos y resoluciones de los órganos del Estado, salvo que el secreto sea dispuesto por una ley de quórum calificado, fundada en razones que la propia Constitución establece, lo que no ocurre en la especie” (Rol 783/2007; Sentencia de 31-VIII-2007).

Principio de coherencia normativa.

Finalmente, nos referiremos a este principio, también denominado de “unidad” o de “organicidad” de la Constitución.

La disposición undécima transitoria de la Constitución elaborada por el régimen militar prescribía que el Tribunal Calificador de Elecciones (TRICEL) debía iniciar sus funciones con ocasión de la primera elección de senadores y diputados, en circunstancias que el art. 18 (permanente) establecía un sistema electoral público del cual el TRICEL, instituido en el art. 84, es una pieza fundamental, tanto para el control de las elecciones como de los plebiscitos.

El TCCH, al controlar la constitucionalidad de la Ley Orgánica Constitucional del TRICEL, estableció:

“11° Que lo anterior, sin embargo, no podía cumplirse si mediante una interpretación aislada de la disposición decimoprimera transitoria se concluyera que el Tribunal Calificador de Elecciones entra a regir, sin excepciones, sólo con motivo de esa primera elección de parlamentarios. En efecto, con esta tesis, se privaría de toda eficacia, hasta esa fecha, al artículo 18 de la Carta Fundamental y a la ley orgánica constitucional respectiva, encargada de regular la forma en que se realizarán los actos plesbiscitarios porque es, precisamente, a ese Tribunal, a quien le corresponde verificar si ellos se han efectuado en conformidad a las normas que lo rigen, es decir, si han sido legítimos; (...)

12° Que la doctrina y la jurisprudencia del propio Tribunal Calificador de Elecciones demuestran con nitidez que éste constituye una fase esencial y vital en los actos electorales y

plebiscitarios, cuya ausencia impide prácticamente su realización legítima. Respecto de sus funciones se ha expresado: 'Calificar' una elección es, por lo tanto, apreciar o determinar las calidades de ella y las circunstancias en que se ha realizado, a fin de establecer si se han seguido fielmente los trámites ordenados por la ley y si el resultado corresponde a la voluntad realmente manifestada por los electores, en una decisión libre y sin coacciones. El Tribunal Calificador ha dicho que es 'establecer si la elección se ha verificado en conformidad a las disposiciones que la rigen y así poder declarar, no sólo quienes han resultado elegidos, sino también si lo han sido legítimamente' (sentencia de mayo de 1949, cons. 2 Nulidad Candidatura don Juan Lamatta González), (Silva Bascañán Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, tomo II, página 184). Estos razonamientos expresados a propósito de las funciones del Tribunal Calificador respecto de las elecciones son, en su esencia, igualmente válidos para los actos plebiscitarios; (...)

14° Que la conclusión anterior, que fluye espontáneamente de la debida correspondencia y armonía que debe existir entre los distintos preceptos de la Carta Fundamental, la ratifica el hecho de que ese plebiscito será la expresión de la voluntad del pueblo, quien ejerciendo la soberanía, resuelva sobre el acto político más importante con que se inicia el período en que cobrarán plena vigencia todas las disposiciones permanentes de la Carta Fundamental. En consecuencia, la especial trascendencia de ese acto plebiscitario y la letra y espíritu de la Constitución, confirman plenamente y no por normas especiales que, en un conjunto de disposiciones destinadas sólo al efecto, establezcan tribunales o comisiones ad hoc, para que cumplan las funciones que nuestra Carta Fundamental ha entregado a 'un' tribunal determinado (...)

La interpretación contraria no sólo hiere el espíritu de la Constitución sino, también, el sentido común, que es base de toda interpretación lógica, ya que ella podría importar exponer el plebiscito mismo a un enjuiciamiento de legitimidad con grave perjuicio para el desarrollo normal de la futura institucionalidad; (...)

15° Que demostrado que el plebiscito antes referido debe celebrarse de acuerdo a la ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 18 de la Carta Fundamental, resulta igualmente demostrado que el Tribunal Calificador de Elecciones deberá estar en funciones para conocer de ese acto plebiscitario, ya que es el requisito necesario para que el señalado artículo 18 reciba cabal y completa aplicación, según quedó evidenciado en los considerandos décimo a decimosegundo de esta sentencia"; (Rol N° 33; Sentencia de 24-IX-1985).

6. Conclusión

Como dijimos al comienzo, así como los valores representan la cota más alta de la evolución de la cultura de un pueblo, así también los principios jurídicos contribuyen a la generación de las normas más adecuadas para su convivencia pacífica.

Y cuando unos y otros son escogidos por una nación para servir de cimientos de su Ley Fundamental, ello no significa que queden atrapados en las normas y pierdan su fertilidad jurídica sino, al contrario, su encarnación normativa sirve para demostrar su eficacia y pone en evidencia la necesidad de protegerlos y de perfilar sus cualidades propias.

Esta es la noble tarea que desarrolla el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia: por una parte, ampara la vitalidad y el carácter informador del ordenamiento jurídico que tienen los valores y los principios; y, por la otra, va definiendo, en cada sentencia que los invoca, los rasgos que los identifican.

Esta labor incesante del TC tal vez sea el fruto más valioso de su vocación protectora de la Constitución.



Paradojas, aporías y otras dificultades del concepto de derecho: de su auto-institución

JUAN DANIEL VIDELA⁽¹⁾



Palabras clave: derecho, razón, fuerza.

Resumen

Es una particularidad del derecho suscitar dificultades sin igual en lo que respecta a su definición, distinguiéndose con ello de otros fenómenos que encontramos en el ámbito de la cultura. *The concept of law*, de H. L. A. Hart, ofrece desde su título la inquietante hipótesis que pueda haber más de una traducción y más de un concepto de derecho según el idioma que uno hable, la tradición en que se sitúe, o las respuestas que cada uno aporte a las referidas preguntas. Este aspecto problemático del derecho es extremadamente familiar y aceptado, y no obstante, reincidimos en el tema porque, al menos a primera vista, la familiaridad con la que esta cuestión se acepta, se apoya más en razones de índole académica que teórico-prácticas. En un intento que esperamos no sea descabellado ni inútil, este trabajo pretende reponer las perplejidades que acompañan la idea de "derecho" procuran-

(1) Abogado (Universidad Nacional de Córdoba, 1981), Doctor. en Filosofía (New School for Social Research, NY, 2001). Profesor Adjunto. Ordinario de Teoría del Estado, Docente de Teoría General y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, UBA. Autor: "Comunidad, Poder, Ciudadanía", EFU/REUN, 2004.

do guardar más fidelidad al problema que a las escuelas; y en ese sentido, intenta resaltar la tensión y las contradicciones inherentes al concepto de derecho antes que reformularlo como objeto complejo o reducirlo a uno de sus aspectos. Con esto también se pretende rescatar el valor analítico de la irreductibilidad de las paradojas y aporías del derecho; puesto que afirmar que el derecho es paradójal, aporemático o ambiguo, importa en primer lugar afirmar que su "verdad", su concepto teórico o científico, no coincide con la opinión corriente que de él se tiene. Tal problematicidad implica que el derecho oculta lo contrario de lo que su mera apariencia visiblemente transmite, algo que sin embargo parece develarse en un análisis más detallado. Las dificultades son infinitas al análisis y, a menudo, resistente a él. Lo decisivo es que son dificultades o paradojas que tienden a revelarse una vez que se ha interrumpido la continuidad entre la actitud natural y la indagación filosófica. En el caso del derecho, la intuición del hombre común es menos concordante con lo que cierto tipo de indagación, dispuesta a suspender la creencia en la continuidad de la imagen del derecho como razón, moral o justicia, termina revelándonos. La referidas dificultades aparecen entonces en el espacio que transcurre entre la *doxa* y el *dogma*, es decir, entre una apariencia que se arroga verdad ("el derecho es, o no es, efectivo, racional o justo") y lo que aparece como verdad aceptada y sin embargo encierra un misterio (los dogmas jurídicos, justicia, libertad, igualdad, etc. y su articulación en reglas dogmáticas reservadas a expertos). En palabras más simples, el derecho esconde con mayor efectividad que otros subsistemas sociales su carácter de cerrado y autopoético. Esto es así porque el punto de articulación entre el dogma o principio jurídico y la técnica o regla dogmática no es un punto de mera traducción sino un punto de distorsión o ininteligibilidad del principio. Mientras que la política nos permite ser idealistas o cínicos, el derecho simplemente nos deja a merced y confusamente —esto es crucial— de sus límites cambiantes con la moral, de su indiferencia con la violencia y de sus técnicas rituales. Ese espacio entre apariencia de racionalidad o justicia y una dogmática fría que reduce las significaciones del mundo de la vida a fórmulas técnicas es el lugar de los problemas teóricos sobre la definición de derecho, un territorio que debería ser reivindicado por un tercero excluido al que llamamos, tal vez incómodamente, "filosofía".

La razón interna del derecho, que es el único tipo de razón de la cual el derecho puede dar cuenta, no alcanza en modo alguno para fundarlo. Hay una violencia que instauro el derecho que hasta ese momento reclama

para sí el nombre de razón: la razón de la fuerza, la necesidad de la fuerza. En otras palabras, el derecho es hijo de la política y de la razón (jurídica, post-política), que es otra manera de decir que es hijo de la fuerza y de la razón. Todo esto conduce a diferentes aporías entre las que se encuentra la que estudia este trabajo, a saber, la imposibilidad de distinguir cuál de estos tres fenómenos (razón, fuerza, derecho) es originario y de reducir lo originante (razón o fuerza) a lo originado (derecho). Dicho de otro modo: el acto que instaura el derecho no es enteramente racional, aunque su producto lo sea, porque es violento. Y el derecho que es por definición un sistema racional de reglas no es enteramente suficiente porque a través de ellas no puede dar cuenta de su fundamento. Así en autores contemporáneos como Hart o Kelsen, y en clásicos como Hobbes o incluso Aristóteles.

1. Desarrollo del trabajo

Es una particularidad del derecho suscitar dificultades sin igual en lo que respecta a su definición, distinguiéndose con ello de otros fenómenos que encontramos en el ámbito de la cultura. Que una de las obras más difundidas y respetadas de la teoría del derecho del último medio siglo comience precisamente por la pregunta o presente los problemas recurrentes al momento de definir el derecho es prueba suficiente de esta particularidad, más aún cuando la obra referida, *The concept of law* de H. L. A. Hart, ofrece desde su título la inquietante hipótesis de que pueda haber más de una traducción y más de un concepto de derecho según el idioma que uno hable, la tradición en que se sitúe (dentro o fuera del *common law* desde él que escribe) y, principalmente, según las respuestas que cada uno aporte a las referidas preguntas. Incluso desde antes, Hans Kelsen ya había planteado la necesidad de resolver toda falsa antinomia de lo que, en clave subjetivista neokantiana, aparecían como impurezas o dualismos en la ciencia jurídica, no en su objeto. Pero la solución de la *Teoría Pura*, no obstante su influencia gravitante por casi un siglo, no pudo inmunizar a la ciencia jurídica de la recurrencia de los elementos que había expulsado, como mostró la aceptación de fórmula de Radbruch por el tribunal de Nüremberg, con ello restaurando parcialmente la doctrina del derecho natural que, en palabras del propio Kelsen, había infiltrado al primer positivismo y debía ser depurado.

En cierta medida, esta problemática del derecho es extremadamente familiar y aceptada como para que el presente trabajo pueda ser tildado de superfluo. No obstante, reincidimos en el tema porque, al menos a prime-

ra vista, la familiaridad con la cuastión se acepta se apoya más en razones de índole académica que teórico-práctica, es decir, parecería que se ha arribado a una convención disciplinar por la que es perfectamente posible reducirse o conformarse con el concepto de derecho de una, o dos, o más escuelas dominantes de la teoría jurídica, sin que el hecho mismo de la concurrencia de respuestas sea tomado como sintomático, o al menos promueva un replanteo de los términos del debate. Como si se tratase de una civilizada costumbre de lo que Kant solía llamar "filosofía académica", las distintas escuelas, paradigmas o "ismos" se muestran mutuo respeto a la vez que privadamente mantienen que las respuestas de las demás están erradas o se basan en falsas antinomias. Un verdadero modelo de *Tischs-gesellschaft* jurídica, como suele apreciarse en los congresos disciplinarios.

En un intento que esperamos no sea descabellado ni inútil, este trabajo persigue reponer las perplejidades que acompañan la idea de "derecho" procurando guardar más fidelidad al problema que a las escuelas. En ese sentido, intenta también resaltar la tensión y las contradicciones inherentes al concepto de derecho antes que reformularlo como objeto complejo o reducirlo a uno de sus aspectos. Con ello este trabajo pretende rescatar el valor analítico de la irreductibilidad de las paradojas y aporías del derecho. Por cierto que no parte desde cero. En su método, refleja la inquietud fenomenológica del autor y su predilección por obras que abordan al derecho desde los márgenes de la filosofía de la conciencia, en lo que en términos amplios podría llamarse clave deconstructiva.

1.1. De la paradoja a la aporía

Afirmar que el derecho es paradójal, aporemático, o ambiguo, para reducirnos a tres adjetivos, importa en primer lugar afirmar que su "verdad", su concepto teórico o científico, no coincide con la opinión corriente que de él se tiene. Tal problematicidad implica que el derecho oculta lo contrario de lo que su mera apariencia visiblemente transmite, algo que sin embargo parece delatarse a un análisis más detallado. Para quienes esperan encontrar justicia en el análisis del derecho, la paradoja radicará en la pobreza e inequidad de sus preceptos y sentencias. El derecho se identifica con la justicia (y de hecho la invoca) y sin embargo no sacia la sed de justicia. Para quienes esperan constatar la consagración de derechos o libertades, sorprenderá su carácter represivo: es producto de la voluntad del hombre y sin embargo parece someterlo. Para quienes el derecho

es una técnica clara y precisa, contrastará su otro carácter excesivamente técnico y por momentos hermético, pues el derecho se presume conocido y es a la vez ignorado o confusamente conocido por el hombre común. Finalmente, el derecho parece emanar de la razón y sin embargo usa la fuerza. Por supuesto, el problema puede plantearse en términos inversos: se puede encontrar tras una segunda mirada que el derecho cumple más promesas de las que uno esperaría. Así se ha advertido que en determinadas circunstancias, lejos de conservar el *statu quo*, el derecho defiende y consagra intereses que podrían llamarse legítimos ampliando así su promesa de justicia.

Esta progresión de dificultades en torno al concepto de derecho se vuelve infinita para análisis y, a menudo, se resiste a él. En este último caso, aparece la aporía, la imposibilidad de reducir la apariencia y el contenido oculto uno a otro, es decir la imposibilidad de realizar una experiencia que por definición quedará trunca. Lo decisivo es que son dificultades o paradojas que tienden a revelarse una vez que se ha interrumpido la continuidad entre la actitud natural y la indagación filosófica. En el caso del derecho la intuición del hombre común es menos concordante con lo que cierto tipo de indagación, dispuesta a suspender la creencia en la continuidad de la imagen del derecho como razón, moral o justicia, termina revelándonos. Las referidas dificultades aparecen entonces en el espacio que transcurre entre la *doxa* y el *dogma*, es decir, entre una apariencia que se arroga verdad (“el derecho es, o no es, efectivo, racional o justo”) y lo que aparece como verdad aceptada y sin embargo encierra un misterio (los dogmas jurídicos, justicia, libertad, igualdad, etc; y su articulación en reglas dogmáticas reservadas a expertos). En palabras más simples, el derecho esconde con mayor efectividad que otros subsistemas sociales su carácter de caja negra, es menos abierto que, , la política, por ejemplo, que a unos da esperanza de justicia social y a otros permite ver, sin ser expertos, los secretos del poder entre los intersticios de sus dogmas. Esto es así porque el punto de articulación entre el dogma o principio jurídico y la técnica o regla dogmática no es un punto de mera traducción sino un punto de distorsión, si no de total destrucción o ininteligibilidad del principio. Esto es particularmente gravoso si pensamos que la política nos permite ser idealistas o cínicos, por un lado, y el derecho simplemente nos deja a merced y confusamente —esto es crucial— de sus límites cambiantes con la moral, de su indiferencia con la violencia y de sus técnicas rituales. Ese espacio entre apariencia de ra-

cionalidad o justicia y una dogmática fría, a veces cruel, y que reduce las significaciones del mundo de la vida a fórmulas técnicas, es el lugar de los problemas teóricos sobre la definición de derecho, un territorio que debería ser reivindicado por el tercero excluido que ahora llamamos, tal vez incómodamente, “filosofía”.

En la vida cotidiana, en efecto, el derecho se aproxima mucho más a la idea de seguridad que la de misterio; y aparece como dogma antes bien que como enigma. Veamos las causas de esta inversión de los términos de la experiencia. Una vez establecido, el derecho cobra independencia y, de múltiples maneras que aquí es imposible detallar, produce su propia legitimidad y la confianza necesaria para ser obedecido, con lo que termina ocultando sus orígenes: se transforma en un orden ritual incuestionable basado en un conjunto de verdades reservadas a los expertos. La vigencia, si no también la validez del derecho, radica en el hecho de que es un dogma, basado en una serie de dogmas, es decir una opinión preponderante basada en otras tantas a las que se otorga creencia. El vocablo procede del idéntico término griego *dogma*, que significa pensamiento, principio, o doctrina, y que curiosamente está emparentado del verbo *dokeiv*, que también se remonta el vocablo *doxa*, opinión. Por esa misma razón la validez del derecho es en última instancia indemostrable, porque los dogmas no son explicables en términos de la razón explícita que asume el tecnicismo formal de las reglas de su dogmática. La razón interna del derecho, que es el único tipo de razón del cual este puede dar cuenta, no alcanza en modo alguno para fundarlo.

Si tomamos como ejemplo las dificultades señaladas por H. L. A. Hart —a saber, la proximidad más que semántica entre los preceptos morales y los jurídicos, la dificultad de distinguir entre derecho y fuerza, y, en tercer lugar, el hecho de que la existencia humana se halle bajo reglas de conducta ordenadas de acuerdo a una racionalidad sistemática—, vemos que más allá de su especificidad, estos tres problemas recurrentes pueden reducirse al problema de la razón humana. En efecto, estas cuestiones pueden reducirse al problema de los criterios que se supone nos guían como mortales, es decir como animales dotados de razón. H. L. A. Hart parece responder: el derecho es un sistema —luego un objeto de razón— que administra o excluye la fuerza —el opuesto determinado de la razón— y lo hace selectivamente, privilegiando lo colectivo y sin regular cuestiones que deja libradas a otro tipo de razones, que podríamos llamar individuales o de conciencia. Entiendo que la propuesta hartiana tiene un carácter formal

que nos permitiría reducirla, o traducirla, a propuestas no menos formales de autores tan dispares como Hans Kelsen o Robert Alexy, precisamente porque el argumento gira sobre el punto de contacto entre positivismo y derecho natural racional, es decir, sobre el presupuesto antropológico de que, para resolver sus conflictos, los hombres acuden a la razón y por su intermedio crean derecho.

Por ello el problema de Hart es el mismo de Tomas Hobbes y padece de las mismas dificultades teóricas. Sus ejemplos descansan sobre un supuesto no explicitado y contradictorio: que algún tipo de racionalidad pre-existe al derecho, una racionalidad o razón que es común a la esfera de acción que llamamos política, pero que queda por así decirlo en los umbrales de lo jurídico, dándole origen pero no alimentando su funcionamiento. Hay una violencia que instaaura el derecho que hasta ese momento reclama para sí el nombre de razón, la razón de la fuerza, la necesidad de la fuerza. En otras palabras, el derecho es hijo de la política y de la razón (jurídica, post-política), que es otra manera de decir que es hijo de la fuerza y de la razón. Todo esto conduce a una primera aporía que involucra la imposibilidad de distinguir cuál de estos tres fenómenos (razón, fuerza, derecho) es originario y de reducir lo originante (razón o fuerza) a lo originado (derecho).

1.1.1. Primer paradoja: la co-inauguración de razón, política y derecho

Particularmente esta aporía involucra la dificultad de afirmar con ausencia de contradicción que el derecho sea racionalmente instaurado, en los dos sentidos primarios de la razón jurídica, el de los dogmas (justicia, equidad, etc.) y el de la dogmática (sistematicidad, calificación jurídica, etc.). Tal afirmación es imposible, como decíamos más arriba en los términos intra-sistémicos de la mera dogmática. Si la ley natural que origina al estado de naturaleza es heterogénea con respecto al derecho que sucede y que suspende su vigencia mientras dura la comunidad política, el derecho queda desconectado de sus fundamentos, o no puede mostrarlos. Podemos llamar a esta paradoja la auto-inauguración del derecho, o la institución simultánea de razón, política y derecho. Solamente si despejamos los problemas que involucra podemos dar un paso más y preguntarnos si el derecho en tanto que auto-inaugurado se diferencia o no de la mera violencia. Dicho de otro modo: el acto que instaaura el derecho no es enteramente racional, aunque su producto lo sea, porque es violento. Y el derecho que es por definición un sistema racional de reglas no es enteramente suficiente porque a través de ellas no puede dar cuenta de su fundamento.

El análisis de los presupuestos hobbesianos de Hart revela la creencia de que un estado de naturaleza habitado por un algún tipo de racionalidad mínima es la condición originaria de los hombres. Esa racionalidad mínima contiene la idea de un derecho infinito e indeterminado a todas las cosas, con su consecuente riesgo de guerra y de muerte, así como la idea de una ley racional que indica el camino para escapar de ellas, a saber, la creación de un orden político que garantiza derechos individuales con límites precisos. Puede decirse que esta tesis tan absolutamente moderna e individualista no obstante comparte con toda la historia de occidente la creencia de que el hombre es un animal racional, sin que el énfasis deba ser puesto en el adjetivo racional, es decir, un ser brutal, teóricamente capaz de matar, pero en la práctica capaz de autolimitarse a no hacerlo. *A dreadful but hopeful monster*, un monstruo ominoso pero prometedor.

Recordemos entonces la argumentación política de Hobbes. Movidos por el egoísmo, la envidia, la desconfianza, lejos de cooperar mutuamente, los hombres se sienten con derecho a todas las cosas que son capaces de desear, predando los unos a los otros en estado de guerra permanente. Por eso dice Hobbes, citando a Plauto, que el hombre es lobo del hombre (*homo hominis lupus*), implicando que es la única especie que se daña o destruye a sí misma. Para Hobbes, la salida de esta condición natural, o "estado de naturaleza", es seguir la ley de la razón que manda hacer todo cuanto conserve la vida y preserve la paz. Ello se concreta a través de la renuncia mutua a la pretensión de todas las cosas, satisfaciéndose con "la misma libertad que les sea concedida a los demás con respecto a sí mismo". Esta autorrestricción, o enajenación preventiva y defensiva de los derechos individuales para preservar el derecho máspreciado, la vida, se realiza mediante un pacto que confiere el poder a un soberano (y muchas veces lo crea). Así nace el estado político o civil, cuando los derechos individuales se colocan en manos de un hombre (o asamblea de hombres) para ser administrados o devueltos con parsimonia y rigor.

Hobbes utiliza un vocabulario que es tan jurídico y romanista como sus presuposiciones son teologales cristianas. El derecho de naturaleza (*jus naturale*) es la libertad que cada uno tiene de usar su propio poder. Por ser un derecho ilimitado con respecto a todas las cosas, como que cada hombre es heredero de Adán, esa libertad es fuente de inseguridad y conflicto. La ley natural (*lex naturalis*) por el contrario es un precepto de razón que prohíbe a cada hombre destruir su vida, de allí que le ordene a renunciar

a su derecho natural sobre las cosas en la medida en que sus semejantes también lo hagan. El "procedimiento" de la renuncia es la mutua transferencia de derechos mediante un contrato, más precisamente, un pacto que crea la sociedad civil y con ellas las instituciones propias del derecho privado y penal. A causa del uso de un vocabulario coherente y rigurosamente jurídico parecería que el derecho que asiste la creación del estado civil y el derecho del estado son uno y el mismo. Pero sólo son isomórficos, sólo los une la forma jurídica. El derecho del estado Leviatán se circunscribe a conflictos enteramente regulados y solubles bajo ese poder. Su máxima es *auctoritas non veritas facit legem*. Es *jus positum* totalmente. De donde está desconectado de las leyes de la naturaleza que son las que realmente lo fundan y que sólo potencial y temporariamente podrán volver a regir, en el caso siempre esquivado y evitado con total desigmo de que se regrese a la condición natural, que se retorne a multitud desunida. Es esta una posibilidad real pero meramente teórica, ya que el miedo que subsiste en la sociedad civil pospone indefinidamente la desobediencia, el desacato, la rebelión y la revolución. El miedo corta el camino de regreso del derecho positivo hacia el natural, es decir, hace imposible la experiencia de pensar el derecho positivo como fundado a la vez que erradica de la sociedad civil la violencia instauradora que es característica del estado de naturaleza y conduce por temor consentir las condiciones del pacto de sujeción.

Como consecuencia, parecería que Hobbes ha roto decididamente con la metafísica política heredada de Aristóteles. La *polis*, devenida en estado o sociedad civil, ya no es la forma superior o final de la vida, sino hija del miedo. Con todas las diferencias conceptuales que podamos hallar, sin embargo, la fórmula hobbesiana que la jurisprudencia analítica rescata se mueve todavía en los términos conceptuales dentro de los que Aristóteles planteó el problema de la condición humana: un espacio de convivencia como superación de las deficiencias en las etapas de vida que pueden llamarse inferiores o anteriores; la idea de una regulación racional de ese espacio, ya sea mediante la política o el derecho, mediante un *jus* o un *nomos*; y la idea de hominidad que surge de la común posesión de una capacidad comunicativa, ya se trate del *logos* en Aristóteles o la capacidad racional para el cálculo según Hobbes.

Podemos entonces preguntar: si la *Política* de Aristóteles trata al hombre como animal racional (*zoon logon echon*) y animal político (*zoon politikón*), ¿no son acaso esas nociones precursoras de la idea del *homo juridicus*

de la modernidad, del hombre que celebra contratos, incluso el que da nacimiento al mismo estado, como así también son precursoras del moderno concepto de esfera pública que viene a suceder a la antigua ágora? Si esto fuese así, la *Política* de Aristóteles es ya un gesto que prefigura la disolución de la unidad orgánica de la *polis* en las relaciones mecánicas del individualismo, pero que por muchas otras razones que podríamos llamar de índole cultural o histórica permanece en sus antípodas. La modernidad de Aristóteles y, lo que es más importante, la cuasi-universalidad de su argumento, que justificaría que podamos decir que ha sido objeto de apropiación por Hobbes, se confirmaría si el organicismo aristotélico, de hecho pieza fundamental de su construcción, se encolumnase detrás de lo que podríamos llamar su logocentrismo, es decir, detrás de la idea de una asociación de hombres libres unidos por la común posesión de la palabra y el pensamiento. En otro lugar hemos desarrollado esta hipótesis, la cual excede los fines del presente trabajo. Veamos simplemente que puede entenderse por cada uno de estos términos —organicismo y logocentrismo—, y cómo se conjugan en un argumento político que aparentemente debería descalificar la construcción del derecho racional moderno y, sin embargo, opinamos que la prefigura.

El modelo aristotélico supone la inclusión de las formas primeras de vida en un todo superior (la *polis*) que se define ambiguamente tanto por su relación genética con aquellas cuanto por la competencia racional, moral y comunicativa no necesariamente presentes en ellas, no sin razón llamadas por Aristóteles esferas del dominio *despótico*. Esto es importante: el dominio familiar presupone la desigualdad y es tiránico. Posee el poder de vida y de muerte que el derecho de la *polis* limita y enajena al someterlo a la deliberación colectiva. En este sentido guarda analogía con el estado de naturaleza de la argumentación política moderna. Curiosamente, aplicamos el término despótico a lo no-oriental, a lo no-griego: la diferencia política de la cultura occidental está en su propio seno y solo desde ese interior puede haber sido proyectada hacia afuera. En otras palabras, la sociedad de iguales es el *telos* del desarrollo de sociedades de desiguales, lo cual puede ser visto como una contradicción o al menos como una *metabasis eis alos genos*. Nuevamente la aporía de la autoinstauración.

La argumentación de Aristóteles sobre la superioridad de la *polis* sobre otras formas de vida se mueve entonces en dos direcciones. La primera muestra la co-dependencia de familia, aldea y *polis* como especies del gé-

nero comunidad. A esto podríamos llamar organicismo. La otra línea argumental, en cambio, gira en torno al concepto de *logos* y a la centralidad de la libertad como principio de la comunidad. Aquí yace la fractura basal del argumento aristotélico así como la prefiguración del atomismo social por venir que lo vincula con Hobbes. Esto constituiría su logocentrismo.

Como sabemos, el pasaje con que se abre la *Política* nos recuerda que toda asociación o comunidad tiene como fin algún bien, y que la forma más inclusiva y perfecta de asociación —la *polis*— persigue el más elevado de todos los bienes. Es su propia naturaleza o principio interno lo que lleva al hombre a vivir en la *polis*. De allí que sea *zoon politikón*, mortal nacido para vivir en comunidad y conducido a un tipo calificado, superior de *bios*, la vida política. La familia es comunidad que atiende a las necesidades más inmediatas como reproducción y alimento. A ella sigue la aldea, en donde se genera un incipiente comercio. Pero “la comunidad perfecta de varias aldeas es la ciudad (*polis*), que tiene por así decirlo el extremo de toda suficiencia, y que surgió por causa de las necesidades de la vida, pero existe ahora para vivir bien.” Es decir, la dependencia estructural y teleológica de las comunidades inferiores fundamenta la legitimidad de la *polis*, como forma de vida superior y como orden de dominio. Aclaremos que el sustrato de aquellas necesidades básicas u originales precisamente no se entiende como un tipo de vida, *bios*, sino como *zoé* o nuda vida, como han mostrado los recientes análisis de Giorgio Agamben sobre este lugar clásico de la *Política*. Habría, pues, una existencia sub-humana o común a los animales: la *zoé*. Una condición humana imperfecta, que no obstante es ya comunidad satisfactoria, la que se alcanza en la familia y la aldea y un estado de politicidad que se reputa perfecto. Nuevamente resuenan los ecos del estado de naturaleza del contractualismo hobbesiano.

Pero como el vivir bien sólo se alcanza en la *polis* se define como vida contemplativa. Aristóteles piensa en un más allá de las necesidades de la condición humana más inmediata: en otro género de vida (*bios*), que supone la posesión de la palabra o *logos*. Así un segundo sentido de la tesis de la naturaleza política del hombre apunta a la capacidad comunicativa del ciudadano quien participa directamente de las decisiones políticas, de allí que podamos hablar de la centralidad del *logos* o logocentrismo. Se puede advertir la fractura en la argumentación, que unas veces presenta a la *polis* como resultado de las necesidades inferiores y otras la muestra como basada exclusivamente en el *logos*.

Aristóteles lo dice expresamente: la razón por la cual el hombre es un animal político (*zoon politikón*) es evidente: "la naturaleza, como solemos decir, no hace nada en vano y el hombre es el único animal que tiene palabra (*logos*)". Los animales, en cambio, solo están dotados de voz (*phoné*) que es mero signo de placer y dolor. "La palabra es para manifestar lo conveniente y lo dañoso, lo justo y lo injusto, y es exclusivo del hombre frente a los demás animales, el tener sentido del bien y del mal, de lo justo y lo injusto, y la comunidad de estas cosas es lo que constituye la casa y la ciudad". De donde la moralidad y el derecho no se dan en el mero terreno de las necesidades, sino en el tipo de *bios* donde se resuelve el sentido del bien y del mal. El *nomos* es instaurado por el acto, a menudo violento y teñido de *hybris*, que da forma a la *polis*. Recordemos el concepto de tirano que reemplaza al de rey (*basileus*). Recordemos la violencia fundante de un nuevo orden que corresponde al parricidio mentado en *Edipo Rey* y, lo que es fundamental para la tesis de este trabajo, que la tragedia griega es *experimentum juris*, demostración del derecho *in statu nascendi*. Pero este nuevo derecho del iluminismo griego no es sino decreto del tirano y del parricida, sólo que su crimen permanece ignorado en tanto que conocido, inconsciente diríamos en términos psicoanalíticos. El crimen que se conoce de modo inconsciente no es sino otra figura del estado de naturaleza del jusnaturalismo por venir.

En rigor, el *logos* que Aristóteles y Sófocles presentan contradice el dominio despótico al iluminar los orígenes de la *polis*: contradice la ley del padre y del *nomen* que comienzan allí su milenaria declinación. Con la emergencia del *logos* en manos de la sofística y en tiempos del iluminismo ateniense, el poder que subyace a la familia, el clan o la aldea se vuelve explícito y por ello deja de ser mágico. Se separa la autoridad tradicional que reside en lo doméstico de aquella en que participan todos los que pueden ser considerados ciudadanos. En este sentido que le da Castoriadis la *polis* griega se auto-instituye, es decir, renace por virtud de su capacidad de hacer explícitos sus orígenes y anular o alterar las diferencias de la repartición originaria de poder del orden sacro o tradicional. Este es también el momento en que la filosofía se auto-instituye como filosofía política, es decir como reflexión sobre la forma de vida que contiene sus propias condiciones de posibilidad como pensamiento (libertad, circulación del *logos*).

Con todo esto queremos enfatizar que la experiencia política de la antigüedad ya contiene en germen elementos modernos o, al menos, las ideas de

razón y de asociación libre de iguales. Ciertamente no podemos hablar de derecho en el sentido de un *jus positum* cierto, escrito y enteramente libre de consideraciones morales —el concepto moderno de positividad jurídica—. No obstante, el proceso descrito como emergencia del *logos* y auto-institución podría llamarse ilustración, vocablo absolutamente moderno, y ocupar el lugar explicativo del *pactum subjectionis*. Igualmente, en cuanto desplaza y oculta el parricidio fundacional, pero no lo extirpa porque este permanece como saber inconsciente, prefigura la idea del miedo como expresión de culpa que en Hobbes reina en el estado de naturaleza pero no desaparece con la sociedad civil.

Es imposible no aludir aquí al mito de Prometeo que narra una realidad humana de inspiración hobbesiana, solo que el hombre no puede aparecer totalmente como lobo del hombre porque todavía allí, en el pensamiento griego, es presa del lobo. En el mito, la condición humana primigenia de desunión y vulnerabilidad, de miedo, es mitigada por los dones que el Titán da a los hombres —respeto y justicia— dos formas de la razón pero representadas metafóricamente por el fuego, ingrediente esencial del dominio tecnológico. La razón que funda la convivencia en el mito es entonces una razón añadida. Es innegablemente una segunda *physis* en la *physis* humana, y desde entonces está con nosotros. Sin embargo, no está en el origen y constituye un segundo momento en la historia de esta última. A diferencia del mito de Prometeo la construcción aristotélica del *logos* está destinada a mostrar que el fin de las comunidades primarias es la *polis* en tanto que *bios* superior. Al ubicar el *logos* en la esfera de la *polis* y separarlo del dominio de lo despótico, es decir al ofrecer una explicación paralela a su organicismo, Aristóteles parece confirmar el viejo mito de que justicia y respeto son don de los dioses —una razón añadida a la especie— a la vez que refuerza la idea de una diferencia del humano consigo mismo, en tanto que racional y razonante que es todavía animal y medroso. Esta es la diferencia entre el derecho y su origen, la política. Del mismo modo comparte implícitamente el mitologema hobbesiano de que la razón es el medio que conduce a la paz evitando que el hombre sea un peligro para sí mismo.

Una mirada retrospectiva a Platón quien precisamente relata el mito en el diálogo *Protágoras*, nos permite advertir la novedad aristotélica. En otro gran texto político, *La República*, bajo el rostro de una utopía, presenta en realidad una sociedad basada en el monopolio del conocimiento. Su

división en clases poseedoras y desposeídas de él refleja a su vez la estructura de la comunidad arcaica, homérica, en la cual tres tipos diferentes de verdad estaban en otros tantos sitios: en las manos del Sacerdote en tanto que praxis ritual y mágica, en las del Rey, dador del derecho y destinatario de los augures, y en las del poeta, mitigador de los excesos del poder de los dos primeros. Esta comunidad a la que se remite nostálgicamente Platón está mucho más cohesionada que la de Aristóteles, precisamente por la restricción del conocimiento y el hecho de la desigualdad, simbolizados por la vigencia política de la acrópolis, a la que el ágora viene a reemplazar en tiempos de Aristóteles. Puede incluso decirse que es una sociedad injusta que se reconoce como tal. Por el contrario, la revolución cultural que se cumple con el advenimiento de la *polis* democrática y *logo*-céntrica consiste ante todo en la ruptura de la cohesión comunitaria, del "hecho social total", o sistema de prestaciones globales en las que todos están obligados a recibir y a dar aún sin haber recibido previamente algo. Es una comunidad en que la muerte está presente de manera permanente y es admitida y administrada socialmente, ya sea en el hecho de la lucha por la supervivencia y el triunfo del más fuerte, ya por el sacrificio por medio del cual el hombre todavía se relaciona la deidad, de modo también vertical. En el sacrificio el hombre resarce a la vez que confirma su control de la naturaleza, condición indispensable para mantener el mundo social. Es el mundo mágico de la comunidad del don, en que los bienes y servicios se otorgan sin un acuerdo explícito de *quid pro quo*.

Este tipo de comunidad orgánica no puede entonces explicarse por las categorías de la política aristotélica, particularmente por el rol del *logos* en el ágora, que presupone una relación mercantil, horizontal e igualitaria tanto en lo económico como lo político, y ciertamente demitificante en lo filosófico. Por el contrario, semejante modelo social se fractura una vez que los intercambios comerciales comienzan a ser regidos por la racionalidad del dinero que resulta ser, de modo no sorprendente, isomórfica a la del *logos* que defiende Aristóteles. De donde, la explicación aristotélica es ciertamente una universalización de las características de la *polis* en su estado final de desarrollo. La universalización de la *polis* del iluminismo ateniense como *bios* más excelente, es mucho más un gesto hacia el racionalismo por venir que hacia la cultura mágica de las formas primarias de convivencia para las que Aristóteles no obstante retiene el nombre de comunidad. El gesto de universalización aleja al ciudadano del fenómeno más inmediato de la dependencia existencial del otro al que necesitamos

para ser uno, y a la inversa, la universalización del intercambio aritmético del *logos* permite pensar las relaciones humanas como enteramente conflictivas. La *polis* del iluminismo griego libera así las tensiones entre los mortales que los estadios intermedios de la familia, el clan y la aldea mantenían bajo contención, ofreciéndoles la redención del ágora en su sentido de esfera pública, no de mercado. Las libera y las concentra en el momento fundacional de la tiranía del siglo V aC que da origen a una *polis* más igualitaria. Pero la violencia de la fundación es inexplicable en términos de la nueva lógica del ágora, del mismo modo que el miedo y el parricidio son inexplicables en términos de cualquier orden jurídico-político bajo el cual permanezcan encubiertos. La ley se da en nombre del padre, pero no borra su crimen. Se encierra aquí una aporía porque no podemos pasar en el pensamiento de un término a otro, de la violencia al derecho, del parricidio a la ley que lo condena una vez aceptado como condición de posibilidad del orden.

Pero volvamos ahora a Hobbes. Recordar las semejanzas entre la política aristotélica y el jusnaturalismo hobbesiano nos permite advertir el problema teórico siempre presente cuando procuramos formular un concepto de derecho que pueda llamarse moderno, en el sentido de basado en la razón. Este requiere siempre de un orden político que le precede y lo instaaura, eso lo sabemos por el mito teórico kelseniano de la norma fundamental. Ese orden, empero, no surge sino de una razón añadida a creaturas que, hasta ese momento, se supone vivían en un desorden previo por causa de la ausencia de razón. El derecho es entonces el resultado de una instauración simultánea de razón y política que conscientemente trata de suprimir la animalidad del homo, es decir la determinación instintiva de su conducta y con ello a veces, al reducirlo a la esfera del cálculo, también suprime su hominidad. Lo que en Aristóteles es un argumento ambiguo o fracturado, en Hobbes se explicita como la contraposición entre una naturaleza humana imperfecta y orden político-jurídico perfecto y estable. Por último, podemos ver aquí que la relación entre el sistema jurídico y el mundo vital del cual su interpretación se nutre y en el cual yacen los significados que podríamos llamar "morales", no es simplemente una constante estructural de la modernidad, sino que tiene su historia, que es la historia de la ilustración o iluminismo como abolición del mundo mágico, simplemente para instaurar nuevos mitos y nuevos dogmas: la mitología del derecho moderno.



