

EPISTEMOLOGÍA E HISTORIA DE LA CIENCIA

SELECCIÓN DE TRABAJOS DE LAS XXII JORNADAS

VOLUMEN 18 (2012)

Luis Salvatico
Maximiliano Bozzoli
Luciana Pesenti
Editores



ÁREA LÓGICO-EPISTEMOLÓGICA DE LA ESCUELA DE FILOSOFÍA
CENTRO DE INVESTIGACIONES DE LA FACULTAD DE FILOSOFÍA Y HUMANIDADES
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons atribución NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina



Problemas actuales de la epistemología jurídica

Daniel G. Gorra*

I.- Introducción

El presente trabajo tiene implicancias metodológicas y epistemológicas. La Ciencia Jurídica se enfrenta a determinados problemas derivados de la adopción de bases epistemológicas que crean dificultades prácticas, como la vaguedad y ambigüedad de la terminología jurídica, la fundamentación de las normas en axiomas o premisas supraempíricas

Una concepción epistemológica donde los jueces se remitan a un plano metafísico -en el cual se busca el abrigo de principios objetivos e inmutables frente a una realidad cambiante- resquebrajaría la seguridad jurídica y la confianza en el Derecho.

Dentro de este esquema se encuentra la doctrina del neoconstitucionalismo -que podría considerarse una especie de derecho natural encubierto- que postula la existencia de una moral objetiva, que sería la fuente de validez y fundamentación de los ordenamientos jurídicos partiendo de las normas fundamentales (constituciones); es decir la Constitución de cada país tendría en común este esquema o estructura de valores objetivos.

II.- ¿Qué es el “neoconstitucionalismo”? : antecedentes y conceptualización

El concepto de neoconstitucionalismo abarca un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo que parece contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de las culturas jurídicas italiana y española, así como en diversos países de América Latina. Este fenómeno no ha sido estudiado aún con suficiente profundidad y su cabal comprensión seguramente requerirá todavía algunos años.

Su origen histórico más inmediato puede encontrarse en las valiosas elaboraciones jurisprudenciales del tribunal constitucional alemán en los primeros años de labor jurisprudencial luego de la sanción de la llamada Ley de Bonn. Como corriente jurídica se halla en pleno proceso de conformación y consolidación.

El neoconstitucionalismo se inicia con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, y con las primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos; pero una acelerada transformación se verifica en los ordenamientos jurídicos europeos con la sanción de las constituciones luego de la Segunda Guerra Mundial.

Con él se opera un cambio importante en el concepto de derecho, en la teoría de la interpretación y en la metodología jurídica. Se propugna abandonar el “legalismo”, el “juridicismo extremo”, el “legicentrismo” y el “formalismo jurídico”. Se pretende que la norma, además de ser válidamente dictada, sea justa en cuanto respete y desarrolle los derechos humanos, y además, sea eficaz y operativa cuando tales derechos estén garantizados en la práctica.

Un primer interrogante que podemos plantearnos es determinar si el neoconstitucionalismo, es un movimiento ideológico propio del Estado constitucional o estamos en presencia de una nueva teoría del derecho. Como fenómeno jurídico -que ha cobrado más fuerza desde mediados del siglo XX en adelante- vuelve a traer a discusión el viejo debate entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, acerca de la relación entre el Derecho y Moral.

* U N.Cuyo, gorra.daniel@gmail.com

Otro interrogante es poder establecer qué tipo relación puede haber entre el constitucionalismo decimonónico con el neoconstitucionalismo. Comanducci (2005, p. 77) señala la diferencia entre constitucionalismo en sentido amplio y constitucionalismo en sentido estricto: “El constitucionalismo en sentido amplio es la ideología que requiere la creación de una – cualquiera – Constitución, a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo. El constitucionalismo en sentido restringido es la ideología que requiere la creación de un específico tipo de Constitución a fin de limitar el poder y de prevenir el despotismo.” Este sentido restringido es aquel al cual estaría vinculado el neoconstitucionalismo.

Desde el punto de vista ideológico, Moller (2008, p. 114) considera al neoconstitucionalismo “como el movimiento jurídico de oposición a la lógica del Estado decimonónico, donde imperaba el legalismo, el culto a la ley y la concepción de actividad judicial como actividad mecánica y autómatas de aplicación de la ley”. Como teoría del derecho pretende que la norma además de ser válidamente dictada, sea justa, eficaz y operativa, sobre la base de los derechos fundamentales, para que ellos estén garantizados en la práctica.

Para Santiago Alfonso (2008) la Constitución, su contenido, sus principios, valores, su función jurídica, política y no la ley formal, pasan a ser el centro de la reflexión jurídica, de la teoría jurídica del neoconstitucionalismo.

Junto con el enfoque ideológico y teórico, aparece el punto de vista denominado “neoconstitucionalismo metodológico” propuesto por autores como Dworkin y Alexy. En oposición al positivismo metodológico o conceptual –según el cual es posible identificar y describir al derecho como es, y diferenciarlo del deber ser– el neoconstitucionalismo metodológico, sostiene el contrario, que desde el punto de vista de los derechos constitucionales –los derechos y principios fundamentales– son el vínculo entre el derecho y la moral, por lo tanto adhiere a la tesis de conexión necesaria entre ambos órdenes.

Entre los autores clásicos de cuyas argumentaciones, podemos agruparlos como teóricos del neoconstitucionalismo podemos mencionar a los aportes de Ronald Dworkin (2002), Robert Alexy (1993), Gustavo Zagrebelsky (2005), Carlos Nino (1989) y Luigi Ferrajoli (2005).

III.- El positivismo metodológico: análisis lingüístico y control lógico de los argumentos

A partir del giro lingüístico, 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 ambigüedades, vaguedades y falacias jurídicas derivadas del mal uso e interpretación del lenguaje.

La actitud analítica, señala Gubourg (2008, p. 3),

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.

Con la doctrina del neoconstitucionalismo –señala Lizana (2010)- los derechos fundamentales son valores o constituyen valores, pero hay una ausencia por intentar precisar en qué consiste este predicado (*Los derechos fundamentales son valores*) o de justificar un sentido para el mismo.

Rudolf Carnap (1963) sostiene la ausencia de sentido lógico como predicado de conocimiento de los juicios de valor. Un juicio de valor, como acto de habla, no predicaría algo del objeto del que se habla, sino del sujeto hablante: algo no es bello, o feo, sino en la medida en que quien habla sobre dicho algo lo considera feo o bello. Los juicios de valor expresarían actitudes de los sujetos hablantes. La trampa, en el caso de valores éticos, es que por regla general se puede llegar a ejemplos en que, por la forma en que se reproduce el lenguaje como metainstitución, resulta difícil para el hablante defender tal postura; se trataría de una mera actitud subjetiva.

Esta cualidad intrínseca del lenguaje, que permite sostener que el gato está encima de la esterilla pero no lo creo, crea fácilmente la ilusión del consenso sobre los valores, o bien permite adscribirlos a la dimensión de categorías independientes de la experiencia, categorías a priori, como hace Scheler. Y es ilusión, porque en el plano ético la cuestión no es tanto despejar la incógnita relativa al valor de una entidad, sino de las posiciones relativas de las distintas entidades a las que asignamos la cualidad de valor (Lizana: 2010, p. 90)

Tomando en cuenta que éste es el plano en el cual se mueve la argumentación jurídica en base a valores –afirma Lizana (2010), lo mínimo que podría pedirse a cualquier afirmación de los derechos fundamentales como valores, sería una definición básica del concepto de valor que maneja, y su toma de posición respecto del problema epistemológico que plantean los juicios de valor

Podemos formular el mismo interrogante que se plantea Ayer (1965, p. 40) en la discusión con los metafísicos: ¿qué proceso válido de razonamiento podría llevarlo a la concepción de una realidad trascendente?; de la misma manera podemos decir, ¿cuál es el razonamiento válido que lleva a los neoconstitucionalista a afirmar la existencia de valores objetivos? Tal vez el neoconstitucionalista o el juez que adhiera a esta concepción epistemológica, utilice el mismo argumento que el metafísico; “dirá que el posee una facultad de intuición intelectual que le permite conocer hechos no cognoscibles mediante la experiencia” (Ayer, 1965, p. 41).

Para derribar un sistema metafísico señala Ayer (1965) hay que apuntar a la naturaleza de los enunciados por medio de los cuales pretende demostrar una realidad trascendente. N

Desde la perspectiva sintacticista, “Carnap mantuvo que los problemas filosóficos tienen ante todo un carácter sintáctico” (Stroll, 2002, p. 96). Carnap da forma a una “tesis filosófica propia sobre el papel central de la sintaxis lógica para la lógica de la ciencia en particular, y para la comprensión de la actividad filosófica en su conjunto” (Naishtat, 2005, p. 47). Al analizar un enunciado del neoconstitucionalismo, de la forma “Existen un orden de valores objetivos” o “Hay valores objetivos”, carecemos de proposiciones que nos permitan inferir o derivar tales proposiciones; ante el enunciado “X es un valor absoluto” o “X es un orden de valores”, ambos enunciados no son significativos, ya que no hay una o varias

observaciones (enunciados ya verificados) que nos permitan verificar (en forma indirecta) los mismos y en consecuencia afirmarlos o negarlos. Las proposiciones del derecho natural (como las del neoconstitucionalismo), carecen de verificabilidad empírica (no hay nada a que hacer referencia en la realidad) y de verificabilidad lógica (no hay enunciados para afirmarla o negarla).

Desde la perspectiva semántica, podemos analizar qué significado se le asigna al término “valor” desde la concepción del neoconstitucionalismo. “Alexy sostiene que los preceptos sobre derechos fundamentales constituyen principios, y éstos, a su vez, son la expresión, en términos de deber ser, de los valores, ubicados en el plano del ser” (Lizana: 2010, 90). Una proposición del neoconstitucionalismo como “Los derechos fundamentales son valores”, no va acompañada de una clara toma de posición (ni siquiera entre los mismo adherentes de esta doctrina) sobre cual es el significado de “valor”.

Las doctrinas que suelen inscribirse en un orden material de valores, se encuentran con la dificultad de precisar en que consiste ese predicado o justificar un sentido del mismo.

En general las palabras o al menos los sustantivos tendrían que cumplir con dos condiciones: tener un designado, es decir, una cantidad de notas características y una referencia o referente, es decir, objetos que satisfagan las características señaladas por el designado. En los enunciados de la doctrina del neoconstitucionalismo, términos como “derechos fundamentales”, “valor” o “moral objetiva”, no satisfacen ambas condiciones. Sin embargo, hay palabras que tienen sentido, pero carecen de denotación; como sostiene Frege (1973) también podemos señalar que cuando en la oración contiene un término que no tenga denotación, es probable que la oración en conjunto tampoco tenga denotación. Desde el momento que advertimos que las partes de una oración no poseen denotación, no podemos efectuar ninguna afirmación o negación. En caso que estemos en presencia de un enunciado poético, tendrá sentido y no nos importaría su denotación. Pero las oraciones del neoconstitucionalismo, pretenden exponer una realidad trascendente, donde no sólo no hay denotación, sino que carecerían de sentido sus componentes. Es la aptitud científica la que nos lleva a descartar este tipo de enunciados de la ciencia del derecho. En definitiva como señala Frege, es la búsqueda de la verdad la que nos conduce del sentido a la denotación.

Desde la perspectiva pragmática, “el punto de partida del análisis es el uso, tal y como este se encuentra en las prácticas lingüísticas de la actividad humana” (Nashtat, 2005, p. 81). El contexto pasa a ser un componente importa en la perspectiva pragmática. Así señala Wittgenstein (1953), como los hablantes tiene siempre un cierto saber de fondo, sobre la situación particular de quien habla. El problema desde la doctrina referida, es que los contextos judiciales cambian, por lo que resultaría complejo hacer referencia al uso de expresiones como “valor objetivo” o “derechos fundamentales” por parte de jueces que deberían remitirse a un orden trascendente, ¿cómo desde su subjetividad pueden los jueces coincidir en el uso de tales términos?

IV. Actualidad del tema

Massini (1998) considera que con el neoconstitucionalismo estamos en presencia de una renovación del pensamiento del derecho natural. Desde el punto de vista doctrinario de los autores constitucionalistas que pretenden elaborar una nueva teoría jurídica, Lizana (2010, p. 101) señala que:

Lo que se puede reprochar al neoconstitucionalismo doctrinario es que traslada la discusión democrática de todas las cuestiones políticas verdaderamente relevantes al plano de la formulación del texto constitucional (ya que bajo la constitución todo está ya decidido en germen, y entregado a la ponderación del juez). Se constitucionaliza el derecho, claro está, pero en ese proceso el carácter político fundamental de la constitución se pierde. Dicho de otro modo, puede que lo que compra el neoconstitucionalismo sea bueno; pero el precio que paga es la desconstitucionalización de la constitución.

Otros autores hacen hincapié en el peligro de atribuir a los jueces el poder “mágico” de captar los valores morales absolutos. En este sentido Pozzolo (2010), se refiere a ciertas perplejidades que suscita esta doctrina como la de sostener la superioridad moral de los jueces por encima del principio de autodeterminación de las personas colocando a los ciudadanos bajo tutela, como así también la tutela de los derechos ya no es confiada a la palabra del Derecho, sino a la interpretación moral del juez.

V.- Expectativas sobre el objetivismo moral

Si bien el trabajo se enmarca una posición metaética emotivista de los valores, dejamos abierto el diálogo a los debates actuales que vive el objetivismo moral por intermedio de los trabajos de David Brink, Michael Smith, y Ronald Dworkin, en lo que respecta a la fundamentación de los juicios morales. Tal vez el debate se centre en el problema de la normatividad moral y la fuerza motivadora de los juicios morales.

VI.- Conclusiones

Podemos señalar consecuencias teóricas y prácticas. Desde el punto de vista teórico, la primera es de orden ontológico. Más allá de diferencias filosóficas entre los referentes de esta corriente, todos coinciden en afirmar que existe un orden constitucional de valores, un sistema moral constitucional, bien preciso y dirimente, que establece un objetivismo ético por debajo de los enunciados constitucionales y legales. Pero que adolece de ambigüedades, vaguedades, márgenes de indeterminación, que pueden ponerse de manifiesto en análisis del lenguaje, desde perspectivas semántica, sintáctica y hasta pragmática.

La segunda es de orden epistémico, resultante de afirmar que las soluciones precisas y necesarias que se desprenden de ese orden axiológico constitucional, pueden ser conocidas y consecuentemente aplicadas por los jueces. El interrogante sería, cuál es la herramienta metodológica que tendrían los jueces para conocer ese orden de valores objetivos.

Cuestiones de índole práctica tenemos desde el orden político y social. Estaríamos en presencia de una especie de elitismo, donde sólo los jueces estarían capacitados para captar el orden axiológico constitucional y lo que exactamente dicta para cada caso. Los jueces tendrían el privilegio político de poder enmendar al legislador excepcionando la ley y justificando en el caso concreto la decisión *contra legem*, que será decisión *pro constitutione*, por cuanto que es decisión basada en “algún valor constitucional”.

Otras cuestiones prácticas a tener cuenta son el autoritarismo constitucional, por la tendencia a la “verdad constitucional como única, excluyente, exclusiva y última”; por otro lado, se presenta una corrupción constitucional o jurisprudencia de intereses, ya que los jueces quienes arbitrariamente interpretan la constitución en base a un esquema moral de valores objetivos, establece una extrema casuística del Derecho, en desmedro de su

primigenia función ordenadora y una interpretación moral de la Constitución, dando lugar a un inmenso abanico de subjetivismos.

El neoconstitucionalismo tendría dos riesgos principales: la extralimitación judicial y una impronta excesivamente individualista y relativista en la concepción e instrumentación de los derechos humanos que llegue a desvirtuar su contenido y alcance. En cuanto a la posibilidad de la extralimitación, habrá que estar atentos a no llevar al debate judicial lo que es propio del debate legislativo, incursionando de ese modo en áreas que son propias de la función gubernamental, a cargo de los poderes de base electoral, y para lo que no está debidamente preparado ni diseñado el proceso judicial.

Se correría el riesgo de promover el surgimiento de jueces iluminados o profetas, que se sientan llamados a resolver desde sus estrados judiciales los más difíciles y complejos problemas sociales y políticos, cuando el proceso judicial no está pensado ni diseñado para ello.

Siempre vale la pena recordar la sabia advertencia del juez norteamericano Frankfurter (1956, p. 31). "Si los jueces quieren ser predicadores, deberían dedicarse al púlpito; si pretenden ser primariamente configuradores de una política, el Parlamento es su lugar. Los jueces obstinados son los menos defendibles entre todos los que atacan al imperio del Derecho".

El segundo riesgo que se advierte es la realización una interpretación individualista, relativista y permisiva de los derechos constitucionales, particularmente del derecho al libre desarrollo de la personalidad humana, del derecho a la privacidad y, del más reciente, derecho a la diferencia, que desnaturalice el contenido propio de esos derechos y lesione otros legítimos derechos o bienes públicos. En ocasiones, actuando de ese modo, se puede pretender imponer desde los tribunales constitucionales una nueva concepción disolvente de la vida social.

Con el neoconstitucionalismo, la epistemología jurídica terminó por adoptar al derecho natural bajo los enunciados jurídicos; tal afirmación no podría haber sido mejor expuesta por Ricardo Guibourg (2008):

el iusnaturalismo ha ganado la partida con la conquista del derecho positivo. Las leyes, pero muy especialmente las constituciones, consagran una multitud de derechos, muchos de los cuales se expresan en términos tan vagos y dependientes de interpretación valorativa como los tradicionales principios del bien y de la justicia. El jurista positivo se ve obligado a buscar la interpretación en su propia conciencia, cualquiera sea el talante metaético con el que su pensamiento se aproxime a la moral. Mientras tanto, su antiguo oponente no necesita ya apelar a un derecho natural supralegal. le basta aplicar principios que se hallan en el derecho positivo, interpretándolos de acuerdo con sus propias convicciones éticas. El resultado es que los dos juristas, llegados desde orillas opuestas de la epistemología del derecho, se encuentran codo a codo empeñados exactamente en la misma búsqueda. Desde luego, no es seguro que encuentren la misma respuesta; pero tal resultado no es esperable: si así fuese, la ciencia del derecho habría encontrado su piedra filosofal (. .)

Bibliografía

- ALEXY, ROBERT (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- AYER, A. J. (1965): *Lenguaje, verdad y lógica*. Buenos Aires: EUDEBA.
- CARNAP, RUDOLF (1963): *Filosofía y Sintaxis Lógica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- COMANDUCCI, PAOLO (2005): “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, en *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2. ed.
- DWORKIN, RONALD (2009). *Los derechos en serio*, Ariel, 7ª impresión de la primera impresión de 1984.
- FERRAJOLI, LUIGI (2003): “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, M. (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- FRANKFURTER, FÉLIX (1956): *John Marshall and the judicial function: Government under law*. Cambridge: Mass.
- FREGE, GOTTLIB, “Sobre el sentido y la denotación”, en Simpson, Thomas M. (1973, comp.), en *Semántica filosófica: problemas y discusiones*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- GUIBOURG, RICARDO A. (2008): *Una concepción analítica del derecho*, en Botero Bernal, Andrés (comp.), *Filosofía del derecho argentina*. Bogotá: Temis.
- GUIBOURG, RICARDO A. (2007): “Los jueces y la nueva estructura del sistema jurídico”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 24 (2006), página 139; *Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*, Valparaíso.
- LIZANA, EDUARDO ALDUNATE (2010): “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, en *Revista de Derecho*, Volumen XXIII n° 1, Julio 2010, página 79-102.
- MASSINI, CARLOS (1998). “La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno”. Madrid: Cuadernos DOXA, n. 21, vol. II.
- MOLLER, MAX (2008): *La aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales en los sistemas jurídicos contemporáneos*. Burgos: Universidad de Burgos.
- NAISHTAT, FRANCISCO (2005): *Problemas filosóficos en la acción individual y colectiva: Una perspectiva pragmática*. Buenos Aires: Prometeo.
- NINO, CARLOS S. (1989): *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea.
- POZZOLO, SUSANA (2010): “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación de la constitución”, en *Doxa* 21, Vol. II - 25 Recuperado el 22 de junio de 2010.
- SANTIAGO, ALFONSO (2008): *El neoconstitucionalismo*, en Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008.
- STROLL, AVRUM (2002). *La filosofía analítica del siglo XX*. Madrid: Editorial Siglo XXI.
- WITTGENSTEIN, L. (1953): *Investigaciones Filosóficas*. Nueva York: Macmillan.
- ZÁGREBELSKY, GUSTAVO (2005): *Historia y constitución*. Madrid: Trotta.