

SANTIAGO, ALFONSO (2010): *EN LAS FRONTERAS ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. CONSIDERACIONES IUSFILOSÓFICAS ACERCA DE ALGUNOS TEMAS CONSTITUCIONALES\** (BUENOS AIRES, MARCIAL PONS) 232 PP.

Hace unos meses se ha publicado, a través de la filial argentina de Marcial Pons, este interesantísimo libro de Alfonso Santiago, destacado Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Austral de Buenos Aires, donde actualmente se desempeña también como Vicerrector.

El texto en comento es una recopilación de trabajos anteriores que, como el autor dice, “pueden ser de interés común tanto para el Derecho constitucional como para la filosofía del Derecho de nuestros días y que son fruto de ese esfuerzo por acercar estas dos disciplinas jurídicas” (p. 18). Su título resulta, además, elocuente sobre el objeto que lo anima, y traduce una de las inquietudes académicas más o menos constantes del autor a lo largo del tiempo (Alfonso Santiago es el responsable, hasta donde yo sé, de la innovadora estructura departamental de la Facultad de Derecho de su Universidad, donde se ha creado un Departamento de “Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional”), que une formalmente las dos áreas que el autor pretende vincular –en nuestra opinión, exitosamente– a lo largo del libro que ahora presentamos.

En el primer capítulo, que obra a modo de introducción (el prólogo corre a cargo de Rodolfo Vigo, hasta hace poco Presidente de la sección argentina de la IVR –*Internationale Vereinigung für Recht und Sozial Philosophie*–), Santiago indica que la obra consta de seis trabajos independientes, que versan sobre temas que pueden considerarse de común interés tanto para el Derecho Constitucional como para la Filosofía del Derecho. De entre ellos me permitiré comentar algunas cuestiones que juzgo relevantes para el debate constitucional y filosófico contemporáneo.

En el primer capítulo, titulado “naturaleza y significados de la constitución”, Alfonso

Santiago aborda lo que considero el problema más trascendente de la doctrina constitucional contemporánea: la posibilidad de distinguir el Derecho de la política, pero también de separar el Derecho de otras perspectivas disciplinarias que hoy en día se consideran habilitadas para opinar sobre los procesos jurídicos; fruto en parte a la progresiva aceptación de matrices postpositivistas como el *Legal Theory*. La tesis del autor, que sigue en este punto a Herman Heller, puede formularse así: existe una “constitución jurídica” (CJ) y una “constitución real” (CR). La primera se refiere a la *norma* suprema del Estado; mientras que la segunda apunta a la estructura de poder efectivamente vigente en el mismo. La constitución como totalidad sería la dialéctica entre ambas (p. 30). Compara la CJ con la CR del modo en que un plano arquitectónico se distingue o se asemeja al edificio real. La CJ sería equivalente al deber ser, mientras que la otra expresaría lo que es: “ella expresa el ser y la normalidad constitucional” (p. 31). Siguiendo a Bidart Campos, el autor sostiene que el concepto de “constitución formal” se relaciona con el de CJ, y el de “constitución material” lo haría con el de CR (p. 32). Por esta vía se adjudican las tesis neoconstitucionalistas su entrada en la llamada CJ, surgiendo el concepto de *living constitution*, que “evoluciona y se adapta junto con el proceso político al que pretende regir, limitar y encauzar”, dice Santiago recordando a Néstor Pedro Sagües (p. 35). De este planteamiento surgen los “distintos significados” que el autor descubre en la constitución: como organización político-jurídica fundamental; como acuerdo de las fuerzas políticas y sociales; como norma jurídica; como instrumento de gobierno; como carta de derechos fundamentales; como instrumento de control de poder, y como cauce del proceso político (p. 37).

Sin perjuicio de los importantes nombres que se encuentran detrás de esta posición, parecen surgir algunos problemas teóricos que me gustaría poner a disposición de los lectores, pero también, y principalmente, del autor; jus-

\* Traducción del título: On the borders between Constitutional Law and Philosophy of Law. Iusphilosophical considerations about some constitutional issues.

tamente con el objeto de honrar la idea de este vínculo que Santiago descubre entre la Filosofía del Derecho y el Derecho Constitucional. Advierto de inmediato que estas consideraciones se encuentran planteadas desde una perspectiva iusnaturalista del Derecho; que es por lo demás la que entiendo suscribe el autor del texto en comentario. Son los siguientes:

1. Me parece que la distinción CJ/CR es forzada, en cuanto parece entender la norma jurídica como una especie de idealidad abstracta; una suerte de “modelo” que busca ordenar las conductas desde el exterior. Sería fácil ceder a la tentación de buscar en esto fundamentos idealistas, pero creo que en realidad no los tiene, porque el autor pone el énfasis en la primacía de lo empírico. Esto puede contener quizás una metodología neokantiana, pero eso es otra cuestión. En realidad, en el fondo de esta distinción parece haber una opción por considerar el Derecho más bien como un hecho (lo “real”); mientras que lo “jurídico” discurre por caminos abstractos y separados de la existencia efectiva. El Derecho recuerda, entonces, a una entelequia que, como no parece asignársele una dimensión trascendental, “dialoga” con el verdadero “derecho” (es decir, lo que ocurre, la red de reenvíos políticos) intentando meterlo en una camisa de fuerza: como dice el autor: “la Constitución es el principal medio e instrumento concebido por el Derecho público moderno a fin de lograr su objetivo: someter el proceso político a reglas jurídicas a fin de conseguir el control del poder estatal” (p. 29). De lo afirmado en el texto se colige que el énfasis en la eficacia de los reenvíos de naturaleza política se funda, en el fondo, en un sociologismo; pero no en cualquier sociologismo, sino en uno que ha vaciado el problema de la experiencia humana de cualquier atisbo normativo en el interior del hombre. Me parece, entonces, que la diferencia entre CJ/CR no es sustentable, salvo que se ceda implícitamente a los parámetros antes mencionados. La constitución, como cualquier otra norma jurídica, no opera como un foco de luz exterior que le permite a los operadores del Derecho actuar ordenadamente; sino que la esencia de lo jurídico despunta desde el hecho mismo de lo real: a saber, la naturaleza humana.

El hecho normativo no es exterior al hombre, y el Derecho propiamente tal constituye en sí mismo una realidad, no una idea separada, al modo platónico.

2. El propio ejemplo del autor muestra, me parece, esta dicotomía forzada. En alguna ocasión, D’Agostino comparó la relación entre el derecho natural y el derecho positivo con la que media entre una partitura y su ejecución concreta. De modo tal que el segundo es la concreción del primero, según las circunstancias específicas de cada orquesta-sistema jurídico. Esta imagen muestra con claridad que lo que existe no es un derecho natural por un lado, como dice Ollero, y un derecho positivo por otro; sino que un mismo precepto normativo es a la vez natural y positivo. Asimismo, no parece factible que pueda hablarse de una CJ y otra CR (como si hubiera un derecho natural ideal, y otro real y positivo); salvo que se trate de un simple recurso académico destinado a entender los pasos del fenómeno jurídico. La constitución de una nación, así como su derecho (porque la constitución es derecho) es simultáneamente normativa y eficaz. Esa síntesis es, justamente, la síntesis de lo real.

3. Como consecuencia de lo anterior, no considero adecuado identificar o relacionar CR con constitución material, si por “material” se entiende el conjunto de bienes que consagra dicho texto legal. Ello, porque hacerlo significa otorgarle a esa constitución material un carácter indeterminado, que es justamente lo que Santiago rechaza explícitamente en la p. 35: “es este concepto dinámico, pero no indeterminado de constitución, al que nosotros adherimos”. Explico esto un poco mejor. Si la CR, es decir, el real equilibrio de fuerzas políticas y culturales de un Estado, según el autor, se identifica con la determinación de los bienes protegidos por la carta fundamental, el resultado es, a lo menos, de corte comunitarista. Si el autor se declarara iusnaturalista, debería sostener que la constitución material procede en su parte substantiva de la naturaleza humana; y solo en su parte accidental de la cultura o circunstancias de cada procedimiento normativo. Por eso que sería deseable que desarrollara con mayor precisión qué

quiere decir cuando manifiesta que “la constitución es un objeto cultural, y como tal, su sentido configura significativamente su propio ser” (p. 37). Si la constitución material es (completamente) cultural, entonces es indeterminada: el concepto de “dignidad humana”, por ejemplo, se puede llenar con cualquier cosa, como quien vacía una nuez y utiliza la cáscara para guardar caramelos. ¿Sigue siendo una nuez? McIntyre es muy gráfico sobre esta ambigüedad en las primeras páginas de *Tras la virtud*.

4. Cada ciencia tiene su propio objeto formal, que la distingue de las otras y permite obrar simultáneamente sobre los objetos materiales sin que ello produzca confusión. Así, la física y la biología pueden dirigir sus ojos a, por ejemplo, un mamífero, pero sus focos de atención no entrarán en conflicto, porque una le considera en cuanto ente móvil, y la otra en cuanto organismo. El Derecho es también una ciencia, y como tal apunta formalmente a una realidad exterior considerada desde una cierta perspectiva, con exclusión de las otras. Esa realidad exterior es lo que podríamos denominar el “fenómeno jurídico”, que está compuesto básicamente por tres elementos: los hechos, las normas y los principios. La perspectiva formalmente jurídica no es ninguno de estos elementos aislados; sino la especial visión desde la cual ellos se combinan para determinar las relaciones de justicia dentro del bien común, asegurando de ese modo la certeza jurídica y el funcionamiento de las instituciones. Es por esto que no comparto la tesis de Santiago cuando afirma que “su naturaleza (de la constitución) es simultáneamente jurídica y política (ni qué decir, sociológica, psicológica, antropológica, teórica de la cultura, o cualquier otra visión disciplinaria extrajurídica); al menos en el mismo nivel. Es evidente que una constitución no es lo mismo que una ley (p. 36), pero la diferencia no reside en su tonalidad jurídica, sino en la relevancia de las materias que aborda. Esas materias, sin embargo (en especial las garantías fundamentales) tienen un valor preeminentemente jurídico; solo resbalan hacia el escalón político en lo que se refiere a sus circunstancias particulares, normalmente vinculadas con el modo de ponerlas en práctica. Me parece necesario afirmar el valor

jurídico de las normas jurídicas, especialmente en un mundo donde la practicidad del derecho anglosajón, por una parte, y el nihilismo de los juristas de matriz continental por la otra, tienden a emborronar las diferencias y convertirlo todo en un hecho puramente político. Una norma jurídica es primaria y fundamentalmente una norma jurídica, de tal modo que los elementos que la componen, que pueden ser susceptibles de consideraciones extrajurídicas si se los toma separada e individualmente, están en ella considerados como elementos de esa norma, y no como realidades abstractas y ajenas a su horizonte de significado deontológico. Así por ejemplo, puede existir una gran pluralidad semántica, basada en diferencias culturales, de nociones como “adulto” o “menor”; sin embargo, normativamente no es posible recoger la discusión doctrinal, debiendo el Derecho concreto y positivo optar por un sentido específico, que es el que adquiere contenido deontológico.

Es verdad, como dice Schmidt citado por el autor, que la “constitución recoge las decisiones políticas fundamentales” (p. 37); justamente las *recoge*; no se convierte ella misma en un factor político. La distinción es sutil, pero no por eso menos relevante. No es lo mismo decir que el derecho positivo es derecho natural (en cuyo caso tendría razón el positivismo al sostener que la tesis iusnaturalista es absurda), a afirmar que el derecho positivo *recoge* al derecho natural.

En el capítulo IV Santiago aborda la cuestión de la dignidad y el bien común como fundamento de las democracias constitucionales (p. 69). Su tesis es que el principio de igualdad y dignidad de la persona humana es el que fundamenta y orienta todo el proceso democrático (p. 72). Considera que igualdad y dignidad son anteriores al parecer mayoritario, al multiculturalismo, al derecho a la diferencia, al pluralismo político y al relativismo ético; posición que suscribo sin dudas (p. 73). La cuestión, pues, parece ser más bien determinar cuáles son las exigencias que derivan de esta principialidad. Me parece muy iluminadora la posición que adopta el autor, al considerar, como frontis del problema, la circunstancia de que las verdades morales son anteriores a las verdades políticas (p. 74). Un poco más discutible resulta, sin embargo, la

idea de que el procedimiento democrático en la adopción de las decisiones comunes sea el medio que mejor responde al principio de la igual dignidad de la persona humana. Siguiendo las consecuencias de este argumento, los colegios y las universidades –entre otros– deberían ser una especie de asamblea donde los alumnos, merced a su dignidad fundamental de personas, pudiendo de ese modo decidir sobre lo que se les enseña o deja de enseñárseles. Por ello, es importante tener en cuenta que la dignidad no opera como causa directa de las cuestiones accidentales, sino que solo se refiere a las substanciales. Esto está en la base de uno de los elementos más relevantes de la problemática social de hoy en día: la crisis de autoridad; o, lo que es lo mismo, la idea tan extendida de que la dignidad significa por sí misma la capacidad de tener opinión veraz sobre todos los temas políticos, jurídicos, sociales o culturales sin necesidad de tener conocimientos específicos.

Estimo muy loable la pretensión del autor de que la dignidad humana sea el fundamento de las modernas democracias constitucionales, pero no puedo estar de acuerdo, en cuanto que la mayoría de estas democracias constitucionales viola los derechos más primarios de la dignidad humana, como el relativo a la vida (el aborto); pero también muchos otros (p. 76). La explicación sobre las características y condiciones de la personalidad humana que se desarrolla en el texto está dotada de una gran capacidad de síntesis, y resulta utilísima para la comprensión de la humanidad en su dimensión social. Especialmente relevante me parece la afirmación de que dicha dignidad tiene un fundamento trascendente en Dios, como lo reconoce el preámbulo de la Constitución argentina (p. 80). En torno a la cuestión antes señalada, de las exigencias que impone la igualdad y la dignidad de la condición humana, Santiago tiene razón cuando afirma que “el modo en que el hombre piensa la organización social depende del modo en que conciba la relación con el otro” (p. 85). Considera que existen al menos tres visiones sobre la relación entre persona y sociedad política: individualismo, colectivismo y personalismo solidario; siendo este último el único que aseguraría la participación de la comunidad en los procesos políticos; y ello debe

ser traducido en instituciones, que son “los delicados mecanismos que permiten la integración de los aportes personales, el tránsito de lo personal a lo comunitario de un modo acorde a la igual dignidad de la persona humana” (p. 87), que se alcanzan dentro del concepto de bien común, rectamente entendido (pp. 90-103).

En el capítulo V, el autor se ocupa de otro de los temas imprescindibles de la doctrina constitucional contemporánea: las dimensiones jurídicas y políticas de la interpretación constitucional. Estima que el Derecho se puede entender de dos modos no excluyentes: o como un conjunto de normas; o bien como un conjunto de problemas que deben ser resueltos con justicia para lograr la coexistencia armónica. Este último, estima Santiago, y compartimos su opinión, identifica a la ciencia del Derecho, que “sigue siendo una ciencia práctica orientada a la resolución de problemas concretos... en un determinado sistema jurídico puede faltar la Constitución y las leyes generales escritas, pero nunca puede faltar para su operatividad la instancia de los jueces que deciden y resuelven los problemas concretos que le someten las partes” (p. 107). Con gran sentido común, Santiago se da cuenta que la hermenéutica no es una metodología autocontemplativa, sino que su objeto es resolver los problemas jurídicos: “toda interpretación se hace finalmente desde el caso y para el problema que se quiere resolver. La interpretación jurídica es algo más que determinar el sentido y precisar el contenido de una norma general” (p. 111). Esta conclusión es muy importante, porque los modelos hermenéuticos contemporáneos, como consecuencia de haber suprimido la idea de verdad, tienden más bien a constituirse como un instrumento difusamente trascendental, que no orientan la acción.

También me parece muy atinada la tesis de que la idea del Derecho como normas vigentes (sistema), y la del Derecho como un modo de resolver conflictos (problema) no sean incompatibles. Lo explica a través de una analogía: “la de la esfera que está apoyada sobre un plano. Si bien la esfera se apoya e intersecta en un solo punto con la superficie plana, aunque allí está depositado todo su peso. La esfera es el sistema jurídico. La superficie plana representa el mundo de los problemas humanos, ambos se

intersectan en un punto concreto: el caso. En ese punto único se hace virtualmente presente la totalidad del sistema jurídico” (p. 112). Esto centra la cuestión hermenéutica en la actividad judicial, y se pregunta entonces Santiago si los jueces desempeñan una función meramente reproductiva, o bien crean y cambian el Derecho; cuestión también muy debatida, y que resuelve pronunciándose a favor de la activa creatividad judicial (p. 116).

La cuestión de la hermenéutica como problema de teoría metodológica, y su aplicación al Derecho, constituyen asuntos filosóficos de la mayor trascendencia, sobre los que se han escrito ríos de tinta. El capítulo que comentamos pretende, en mi opinión, ofrecer a un público no especialista una objetiva enumeración de las cuestiones pendientes en torno a la interpretación normativa y la actividad judicial, mas una breve relación histórica; cosa que creo que logra (pp. 115-45). No debe buscarse aquí, sin embargo, el análisis de alguna problemática específica de la hermenéutica jurídica en sentido técnico, porque no se hallará, ni es el objetivo del trabajo.

Muy interesantes resultan sus conclusiones sobre lo político y lo jurídico en la interpretación judicial: las crecientes demandas sociales a los jueces, derivadas de la juridización y judicialización de la vida social y política, más el aumento de la complejidad, han aumentado el ámbito de poder normativo y político de los jueces; correspondiendo a la constitución morigerar y establecer el contexto institucional y normativo en el que los jueces deben realizar su actividad interpretativa (p. 163). Esto entronca con lo que se plantea en el capítulo VI. Como expresamente se declara, Santiago busca brindar un panorama general del neoconstitucionalismo, esta “nueva corriente de pensamiento jurídico”, que tiene su origen y desarrollo en el marco de la tradición constitucional europea de los últimos cincuenta años (p. 165). Destaca el papel fundamental que desempeñan los jueces en este nuevo modelo, citando autores como Ferrajoli: el neoconstitucionalismo puede ser considerado como la doctrina que alienta un modelo de poder judicial activista, que tutele los derechos para lograr su plena vigencia práctica; y Zagreblesky: la nueva visión del orde-

namiento jurídico reclama una nueva postura institucional por parte de los integrantes de las magistraturas judiciales. Se postula una nueva actitud institucional de los jueces, en particular de los tribunales constitucionales, que podríamos definir como activismo judicial, con fundamento normativo en los derechos humanos constitucionalizados o reconocidos en los documentos internacionales (p. 173). Este capítulo, como yo lo entiendo, busca más bien informar sobre qué debe entenderse por neconstitucionalismo, y cuáles son sus posibles consecuencias; positivas o negativas (y lo logra a cabalidad). Quien espere una definición explícita del autor sobre dichas consecuencias, no la encontrará, al menos en esta obra. Su conclusión es que “hay que seguir de cerca” esta corriente, para potenciar sus virtudes y corregir sus defectos (p. 186).

Finalmente, el capítulo VII se configura en torno al tema, tan contemporáneo, del derecho internacional de los derechos humanos. Comienza con una recapitulación histórica (pp. 190-7), para pasar después a vincularlo con el principio de legitimidad democrática, en cuanto este nuevo derecho internacional sería una reacción contra los totalitarismos de la primera mitad del siglo XX. Alfonso Santiago considera que la legitimidad democrática y el pleno respeto de los derechos humanos “parecería que se exigen mutuamente”. No entra, sin embargo, directamente en la verdad o falsedad de esta afirmación, sino que responde oblicuamente, afirmando que (si hubiera conflicto entre ellos) “nos inclinamos a pensar que es el principio de la dignidad humana el que tiene mayor valor ético y jurídico, y, por tanto, corresponde reconocerle un carácter supremo” (p. 198). Comparto esta tesis; sin perjuicio de que me parece que la jubilosa asimilación entre dignidad humana y legitimidad democrática debiera ser objeto de un análisis más detallado.

A continuación se plantea un problema muy relevante de este derecho internacional de los derechos humanos: este se vería demediado en su legitimidad al tratar de obrar por sobre los derechos nacionales, por cuanto estos últimos sí responderían a una participación democrática más directa; a diferencia de las normas internacionales, “la mayoría de las veces ajenas

y distantes a los principales protagonistas del debate político democrático” (p. 199). Creo que este argumento hace mucho sentido a aquellos que, apoyando la nueva normativa internacional, se declaran al mismo tiempo partidarios de definir el derecho como aquello que produce la mayoría (no me atrevo a decir “los que apoyan el principio de legitimidad democrática”, porque esta noción es plurisémica). Suponiendo que Santiago quiera defender los derechos nacionales, este argumento es muy apropiado. Por mi parte, y a propósito de la reflexión del autor, me gustaría apuntar aquí que quizás conviene también proceder a una defensa de los derechos naturales; ya sea que se encuentren en las nuevas normas de derecho internacional de los derechos humanos, o en los derechos nacionales (semejante a lo propuesto por el autor al afirmar que el núcleo de los derechos fundamentales de la persona sería indisponible; y en los aspectos secundarios cabría tener más en cuenta la voluntad). En este sentido, se me hace un tanto difícil comulgar con la idea de que la mayoría es la que produce el derecho, por cuanto esa mayoría podría verse restringida a respetar, en el curso de esa producción, las inclinaciones innatas de los ciuda-

danos; como proteger la vida, la integridad física o la salud de tales ciudadanos. Comoquiera que sea, creo que tiene razón Santiago cuando sostiene que existen muchos cabos sueltos a la hora de aplicar el derecho internacional de este modo, y cita el debate norteamericano sobre la cuestión (p. 201). Su trabajo insta a legisladores, gobernantes y jueces a ser cautos a la hora de incrustar en los sistemas jurídicos asteroides de derecho internacional de modo muy expedito.

Para no alargar más este comentario, y a modo de conclusiones, puedo decir que se trata de un texto enormemente sugerente, que consigue mostrar –aunque sea a través de una visión general– el enorme campo que espera a constitucionalistas y filósofos del Derecho en la coordinación de esfuerzos. Me parece que el trabajo del profesor Alfonso Santiago contribuirá con muchas ideas al desempeño de los especialistas (y por eso debe ser leído); pero también proporcionará muchos elementos de análisis a las personas que se aproximan de más lejos a estas materias, pues explica con gran sencillez los problemas más complejos, sin por eso simplificar sus respectivos contenidos.

RAÚL MADRID\*

---

\* Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: rmadrid@uc.cl