

**¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO MORAL DEL  
NEOCONSTITUCIONALISMO?  
UNA LECTURA A LA LUZ DEL EMOTIVISMO ÉTICO DESCRIPTO  
POR MACINTYRE**

*What is the moral foundation of neoconstitutionalism?  
A reading in light of the ethical emotivism described by MacIntyre  
Qual è il fondamento morale del neoconstituzionalismo?  
Una lettura alla luce dell'emotivismo etico descritto da MacIntyre*

*Jorge Ocantos<sup>1</sup>*

*“Efectivamente, el público está muy lejos de plantearse el problema de si el mundo externo existe objetivamente o es una construcción del espíritu. El público cree que el mundo externo es objetivo y es esta creencia la que conviene analizar, criticar y superar”.*

*(Antonio Gramsci, Cuadernos de la cárcel)*

Recibido: 11 de febrero de 2020

Aprobado: 23 de marzo de 2020

**Resumen:** El autor analiza al neoconstitucionalismo en cuanto pretende presentarse como una alternativa superadora del histórico debate positivismo/iusnaturalismo.

Para ello, destaca la fuerte vinculación que existe entre moral y Derecho en el modelo neoconstitucional, pero a la vez pone de relieve que esta moral tiene poca relación con la que puede asociarse al iusnaturalismo. Ante ello, se pregunta: ¿cuál es la moral que informa al neoconstitucionalismo? Como respuesta, sostiene que la moral del neoconstitucionalismo es el emotivismo ético tal como este es descrito por el filósofo Alasdair MacIntyre, del que rescata particularmente la explicación histórica del proceso de formación de la ética emotivista.

El emotivismo ético encuentra sus puntos de intersección con el neoconstitucionalismo fundamentalmente en (i) la instrumentación de los Derechos Subjetivos como vehículo para la juridización de las preferencias personales, y (ii) la universalización de los Derechos Humanos como umbrales de máxima antes que como pisos mínimos.

<sup>1</sup> El autor, investigador independiente, es abogado egresado de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. En la actualidad se encuentra cursando el Doctorado en Ciencias Jurídicas. Correo electrónico: jorgeocantos@hotmail.com

**Palabras clave:** Neoconstitucionalismo; Emotivismo ético; Derechos Humanos; Filosofía del Derecho.

**Summary:** The author analyzes neo-constitutionalism as it intends to present itself as an alternative that overcomes the historical debate positivism/natural law.

To this end, the author mentions the strong link that exist between morality and Law in the neo-constitutional model, but at the same time he emphasizes that this relationship has little to do with what can be associated with natural law. So, the necessary question is: which is the ethic that informs neo-constitutionalism? The ethic of neo-constitutionalism is the emotivist ethic as it was described by the philosopher Alasdair MacIntyre from whom the author rescues the historical explanation of the process of formation of emotivist ethic.

Ethical emotivism finds its points of intersection with the neo-constitutionalism fundamentally in (i) the instrumentation of Subjective Rights as a vehicle for the legalization of personal preferences, and (ii) the universalization of Human Rights as thresholds of maximum rather than as minimums.

**Keywords:** Neo-constitutionalism; Emotivism; Human Rights, Philosophy of Law.

**Sommario:** l'autore analizza il neocostituzionalismo in quanto intende presentarsi come un'alternativa per superare il confronto storico tra positivismo giuridico/giusnaturalismo. Per questo, evidenzia il forte legame tra morale e legge nel modello neocostituzionale, ma allo stesso tempo sottolinea che questa morale ha poco a che fare con ciò che può essere associato alla legge naturale. Detto questo, si chiede: qual è la morale che informa il neocostituzionalismo? In risposta, sostiene che la moralità del neocostituzionalismo è l'emotivismo etico come viene descritto dal filosofo Alasdair MacIntyre, dal quale valuta in particolare la spiegazione storica del processo di formazione dell'etica emotivista. L'emotivismo etico trova i suoi punti di intersezione con il neocostituzionalismo fondamentale in (i) l'attuazione dei diritti soggettivi come veicolo per la legalizzazione delle preferenze personali e (ii) l'universalizzazione dei diritti umani come soglie massime anziché come piani minimi.

**Parole chiave:** Neoconituzionalismo; Emotività etica; Diritti umani; Filosofia del diritto.

Ocantos, J. (2020). “¿Cuál es el fundamento moral del neoconstitucionalismo? una lectura a la luz del emotivismo ético descrito por macintyre”. *Prudentia Iuris*, N.

# ¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO MORAL DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?...

## ***1. Introducción***

En los últimos años, cada vez de manera más frecuente, empezó a difundirse la expresión neoconstitucionalismo para referirse tanto a (i) un sistema jurídico como a (ii) una teoría del Derecho que, en muchos casos, suele presentarse como una instancia superadora del debate histórico positivismo/iusnaturalismo.

No es posible hablar de un “Neoconstitucionalismo” con mayúscula ya que se trata de una teoría inorgánica no identificada con una escuela, lo que hace más propio hablar de neoconstitucionalismos.

El contexto histórico en el que surge es el de la segunda posguerra, donde el positivismo clásico (de Kelsen, por ejemplo) es visto como una teoría y un sistema que corre el riesgo de ser funcional a los totalitarismos o a los regímenes autoritarios.

En términos generales, podemos decir que el neoconstitucionalismo mira con desconfianza el positivismo de la “Teoría Pura del Derecho” que aborda al Derecho como una ciencia social que sólo realiza juicios de validez formal con independencia de la mayor o menor justicia de su contenido. No obstante, tampoco se define como iusnaturalista, incluso hay autores a quienes algunos califican como neoconstitucionalistas que reniegan expresamente de la existencia del Derecho Natural<sup>2</sup> u otros que han sostenido este planteo de modo expreso<sup>3</sup>.

Resultado del neoconstitucionalismo son las Constituciones, que hoy algunos califican como de tendencia neoconstitucional, de países como Alemania, Italia y Francia, por ejemplo; la Constitución de Colombia de 1991; o la reforma a la Constitución de nuestro país de 1994.

El neoconstitucionalismo entraña un cambio de paradigma jurídico, donde la Constitución, junto a los Tratados de Derechos Humanos (que se encuentra a la par de

<sup>2</sup> Ferrajoli es crítico del neoconstitucionalismo; una de las críticas que realiza a este es su supuesto iusnaturalismo. No obstante, cuando Ferrajoli habla de iusnaturalismo no se refiere a la existencia de un Derecho Natural sino a la mayor conexión entre moral y Derecho que puede existir en un ordenamiento jurídico. Puede verse Ferrajoli, L. (2011). “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. En *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 15-53.

<sup>3</sup> “En la larga lista de los cómplices de las dictaduras, se encuentran tantos iusnaturalistas como iuspositivistas”. Garzón Valdés, E. (1990). “Algo más acerca de la relación entre derecho y moral”. En *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 8, 127.

## JORGE OCANTOS

aquella), pasa de ser “un programa para el legislador”, a una “operación para el juzgador”. De ahí que los jueces adquieran un rol protagónico en detrimento del legislador; todos aquellos derechos enunciados en la Constitución y, particularmente, en los Tratados de Derechos Humanos resultan operativos.

Ya no se da más la discusión con la que nos formamos en la Facultad quienes estudiamos Derecho en el siglo XX, sobre si los Derechos Constitucionales son operativos o programáticos; todos ellos (y los Tratados de Derechos Humanos suelen tener una enumeración exhaustiva de Derechos Subjetivos) son operativos para el juzgador.

Por ello, esta doctrina, que sin dudas es hoy la imperante en la praxis judicial de nuestro país, implica en un sentido un desbalanceo del sistema de división de poderes republicano. En sistemas como el nuestro, donde existe un control difuso de constitucionalidad, llamado a ser ejercido por todos los jueces en todas las instancias, los jueces con mayor frecuencia recurren a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y también de inconventionalidad (conforme a lo definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los efectos jurídicos de sus propias sentencias). Si antes se sostenía y enseñaba que la declaración de inconstitucionalidad de la norma era la “última ratio” del juzgador; hoy, por el contrario, se afirma que esta debe ser la “prima ratio” que el juez se encuentra llamado a analizar<sup>4</sup>.

Hay quienes incluso interpretan este protagonismo judicial a la luz de una lectura casi mesiánica, profética, y llegan a decir que si el siglo XIX fue el siglo del Poder Legislativo (con las grandes codificaciones, por ejemplo), y el siglo XX fue el siglo del Poder Ejecutivo (con los sistemas autoritarios o hiperpresidencialistas de gobierno), el siglo XXI será el siglo del Poder Judicials.

<sup>4</sup> Así, se ha sostenido: “En el Estado constitucional de Derecho, la Constitución tiene un rol directo respecto de la validez de las normas sometidas a control: por dicho motivo, la eventual declaración de inconstitucionalidad configura la primera –y no la última– ratio”. Gil Domínguez, A. (2009). *Escritos sobre neoconstitucionalismo*. Buenos Aires. Editorial Ediar.

<sup>5</sup> Consignado como ejemplo por Santiago, A. (2008). “Neoconstitucionalismo”. En *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, quien efectúa una descripción crítica del neoconstitucionalismo.

## ¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO MORAL DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?...

Para la descripción del neoconstitucionalismo distintos autores siguen en este aspecto a Ricardo Guastini<sup>6</sup>, quien, para caracterizarlo, destaca como sus principales rasgos:

1. Una Constitución rígida, la cual permitirá una “constitucionalización” sustancial antes que formal de todo el ordenamiento jurídico.

2. La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional, la cual debe imponerse por sobre todo el ordenamiento, leyes, reglamentos, etc.

Aquí, la imposición de la Constitución no va a ser sólo a nivel formal, como en el positivismo de Kelsen, sino a nivel sustancial; es decir, los jueces van a tener como misión primaria merituar la mayor o menor justicia de una ley o reglamento, etc., con relación al contenido de la Constitución.

3. La fuerza vinculante de la Constitución, para la cual deja de existir prácticamente el concepto de normas “programáticas”, ya que todas ellas son “preceptivas” u “operativas”.

4. La “sobre-interpretación” de la Constitución, la cual se realiza de manera extensiva, de modo que se pueden extraer de la Constitución innumerables normas implícitas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política.

5. La aplicación directa de las normas constitucionales; ello en dos sentidos: a) la Constitución rige también para las relaciones entre particulares, es decir, no se trata de un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicos; b) los jueces pueden aplicar también las normas de principio, lo cual, se traducirá en la ponderación como herramienta hermenéutica fundamental del modelo neoconstitucional.

6. La interpretación conforme de la ley, lo cual quiere decir que, en casos de normas “abiertas” donde más de una interpretación es posible, el juez debe aplicar la que sea más conforme a la Constitución.

7. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, lo cual consiste en una pluralidad de elementos, entre los que se puede mencionar:

a) que la Constitución prevea un sistema de solución de diferencias políticas entre órganos del Estado;

b) la inexistencia de las hasta hoy llamadas “cuestiones políticas no judiciales”, ya que todos los espacios de la vida pública pueden ser juzgados por los jueces a la luz de la Constitución;

<sup>6</sup> Puede verse, por ejemplo, Guastini, R. (2001). “La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano”. En *Estudios de teoría constitucional*. México. Fontamara.

c) la Constitución es utilizada por los principales actores políticos para argumentar y defender sus opciones políticas o de gobierno<sup>7</sup>.

Como podemos observar en la descripción realizada por Guastini, en el modelo neoconstitucional, la Constitución deja de ser un programa de gobierno para convertirse en un texto que puede dar respuesta a cualquier situación de la vida. Pero como es imposible que la Constitución abarque todos los aspectos de la vida, su objetivo lo logrará por medio de la sobre-interpretación.

Como sostiene Ferrajoli, la sobre-interpretación se realizará valiéndose de la ponderación como hermenéutica constitucional, antes que de la subsunción normativa, y sirviéndose de la merituación de principios antes que de normas. Ello hará que los operadores jurídicos y, particularmente, los jueces adquieran un rol absolutamente protagónico, ya que son ellos los llamados a decir y a tener la última palabra sobre qué es constitucional y qué nos. De ahí entonces que nos encontremos no ya sólo con un texto constitucional, sino con una teoría jurídica de alcances extensísimos por cuanto, a la luz de este modelo, se va a pretender dar una respuesta ius-filosófica al sinnúmero de situaciones a que nos podemos enfrentar en nuestras vidas.

Por tanto, resulta fundamental, en nuestra opinión, una reflexión sobre cuál es su basamento filosófico; particularmente, sobre cuál es el fundamento moral de esta teoría, a fin de tener claridad sobre su origen y, específicamente, del alcance de su praxis.

## ***2. La hiperconexión entre Derecho y moral en el neoconstitucionalismo***

La mayor o menor proximidad entre Derecho y moral es un tema tan antiguo como el mismo Derecho o, incluso, como se suele decir, de aquellos temas que siempre nos interpelan pero que nunca dejan de perder originalidad ni actualidad; se trata de un tema tan antiguo como el mismo Hombre.

En los últimos siglos en Occidente esta tensión estuvo desarrollada por dos paradigmas, el iusnaturalismo y el positivismo; el primero reconocía la existencia de una conexión entre Derecho y moral (con una variedad de matices); el segundo, la desconocía.

<sup>7</sup> Recordemos, por ejemplo, el cierre de campaña de 1983, donde el candidato que luego fuera elegido presidente culminó recitando el preámbulo de la Constitución Nacional, al que aludió empleando un curioso oxímoron de reminiscencia religiosa (llamó al preámbulo “rezo laico”).

<sup>8</sup> Ferrajoli, L. Ob. cit., 23.

## ¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO MORAL DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?...

A la hora de analizar la vinculación entre moral y Derecho en el iusnaturalismo adquiere un rol central el Derecho Natural, el cual tuvo diversas escuelas a lo largo de la historia; el positivismo, en cambio, históricamente negó la conexión entre Derecho y moral.

Ahora bien, ¿cuál es la vinculación entre moral y Derecho en el paradigma neoconstitucional?, ¿qué posición toma el neoconstitucionalismo en este debate?, ¿es posible un “tercero excluido” al del iusnaturalismo y el positivismo?

A continuación, damos respuesta a estas preguntas analizando qué dicen a ello los autores de las distintas escuelas, ya sean iusnaturalistas o positivistas, o incluso también neoconstitucionalistas.

### *2.a) Los distintos paradigmas jurídicos reconocen y destacan la conexión entre moral y Derecho que se da en el neoconstitucionalismo*

Como referimos, el neoconstitucionalismo no se identifica ni con el iusnaturalismo ni con el positivismo. Con relación al positivismo, rechaza que el Derecho sea una disciplina que sólo realiza juicios de validez formal del Derecho. En lo referente al iusnaturalismo, el neoconstitucionalismo rechaza la existencia de un Derecho Natural.

Sin perjuicio de ello, el neoconstitucionalismo sostiene que el ordenamiento jurídico está imbuido de principios, de una moral que le es propia y que va a posibilitar la realización de juicios de validez sustanciales antes que formales. Es decir, en el neoconstitucionalismo, hay una ineludible vinculación entre Derecho y (una) moral. A fin de ilustrar sobre ello, citaremos a continuación, a modo de ejemplo, autores de las distintas escuelas que destacan la fuerte conexión entre moral y Derecho que se da en el neoconstitucionalismo.

Entre los autores neoconstitucionalistas que asumen de modo expreso esta posición puede citarse, por ejemplo, a:

Luis Prieto Sanchís<sup>9</sup>, quien, siguiendo a Ronald Dworkin, sostiene dos ideas centrales en este posicionamiento:

i) que el orden jurídico debe incorporar directamente valores morales objetivos<sup>10</sup> (así son llamados),

<sup>9</sup> Puede verse, Prieto Sanchís, L. (2011). “Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias”. En *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 229-244.

ii) el propio orden jurídico constitucional y democrático se convierte en un centro generador de la moral.

En nuestro país, tal vez el autor más citado y destacado al que cabe enmarcar en esta corriente es Carlos Santiago Nino, quien sostiene que las normas jurídicas están sometidas a la crítica en el marco del discurso moral. Esto puede parecer algo propio de una posición iusnaturalista, pero en Nino las razones extra-positivas poco tienen que ver con el Derecho Natural y mucho más con un moralismo racionalista.

Así, Nino dice: “[...] la discusión interna en un orden jurídico sobre los límites del control judicial de constitucionalidad no puede agotarse en determinaciones del mismo orden jurídico. Se necesita acudir a consideraciones valorativas sobre los fundamentos de la democracia y el reconocimiento de derechos fundamentales que no pueden estar determinados por las normas jurídicas que integran el sistema”<sup>11</sup>.

Observemos que es la misma declaración de inconstitucionalidad la que puede fundarse en razones morales, el mismo Derecho Positivo es el que reconoce una moral inmanente al ordenamiento jurídico, la cual se erige en última *ratio* (o primera, según vimos en el capítulo anterior) de todo el ordenamiento jurídico.

Un autor muy considerado actualmente dentro del neoconstitucionalismo es Robert Alexy, quien a la hora de abordar los modelos clásicos de positivismo y iusnaturalismo, presenta cinco variantes diferenciadas<sup>12</sup>:

- El positivismo excluyente, donde moral y Derecho se encuentran completamente diferenciados;
- El positivismo incluyente, donde la moral no se encuentra ni necesariamente excluida ni necesariamente incluida, sino que dependerá de una decisión inicial que el mismo Derecho disponga con relación a la moral;
- No-positivismo excluyente, donde todo defecto moral produce la invalidez jurídica de la norma;
- No-positivismo súper incluyente: la validez jurídica no se ve nunca afectada por cualquier defecto moral.

<sup>10</sup> Citando la famosa obra de Dworkin (*Los derechos en serio*), Prieto Sanchís menciona expresamente la existencia de “valores morales objetivos” –puede verse la obra ya citada, 235.

<sup>11</sup> Nino, C. (1994). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona. Ariel.

<sup>12</sup> Puede verse, entre otras, la obra de Alexy, R. (2013). “El no positivismo incluyente”. En *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 36, 15-23.

## ¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO MORAL DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?...

La diferencia de este no-positivismo (súper incluyente) con el positivismo excluyente, según Alexy, es que existirían dos tipos de conexiones entre Derecho y moral: una clasificatoria y otra calificatoria, se distinguen entre sí en cuanto a los efectos que producen los defectos morales de la norma.

El efecto de una conexión clasificatoria es la pérdida de la validez jurídica, pero en el no-positivismo súper incluyente la conexión es calificatoria, la deficiencia jurídica no conlleva a la pérdida de validez.

- El no-positivismo incluyente, el cual se presenta como una posición intermedia entre los dos no-positivismos, donde la validez de la norma sólo se verá afectada en ciertas circunstancias.

La fórmula del filósofo del Derecho alemán Gustav Radbruch sería la síntesis de este no-positivismo, “la injusticia extrema no es Derecho”. Vale decir, no cualquier defecto moral afectaría la validez de la norma.

Alexy se identifica con lo que él llama “no positivismo incluyente”, es decir, aquel que reconoce una conexión entre Derecho y moral (siguiendo la fórmula Radbruch), pero puede observarse que, concordantemente con lo que dijimos antes, Alexy guarda especial cuidado en no llamar iusnaturalismo al modelo opuesto al positivismo<sup>13</sup>.

Pero dejemos de lado a los autores neoconstitucionalistas, detengámonos ahora en los autores positivistas que advierten con marcado sentido crítico sobre la hiperconexión entre moral y Derecho que se da en el neoconstitucionalismo.

Entre ellos podemos citar, por ejemplo, a Juan Antonio García Amado<sup>14</sup>.

Para el jurista español, en posiciones como la de Nino, lo que es dable observar es un objetivismo moral; si bien en el iusnaturalismo también puede observarse algo similar al objetivismo moral, este difiere del iusmoralismo de Nino. En el iusnaturalismo el contenido de la moral, según García Amado, “es el mismo siempre y en todas partes”, al margen de que en las diferentes culturas este se conozca mejor o peor. En el

<sup>13</sup> Puede verse también el trabajo de Alexy, R. (2004). “¿Derechos Humanos sin metafísica?” En *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 237-248.

Aquí, Alexy postula una metafísica propia para los Derechos Humanos (que poco o nada tiene de la metafísica escolástica), la cual no tiene ningún fundamento trascendente como históricamente lo tuvo el iusnaturalismo. Por ello, no es extraño que su modelo prefiera llamarse “no-positivista” antes que iusnaturalista.

<sup>14</sup> Puede verse García Amado, J. “El iusmoralismo de Carlos Santiago Nino. Una crítica”. Recuperado de [www.garciamado.es](http://www.garciamado.es) el 6-9-2019.

iusmoralismo actual (que nosotros identificamos con el neoconstitucionalismo), el objetivismo moral responde al constructivismo ético, y “[...] las normas morales objetivamente verdaderas serán en cada tiempo y lugar las que se acuerden en el marco de una deliberación social libre e igualitaria”.

La posición de García Amado es bastante similar a la de Ferrajoli, a quien en nuestra opinión cabe identificar entre los autores positivistas. Conforme a este autor, el objetivismo moral puede estar fundado ya sea en una ontología de los valores (en la que encuadra la ética católica), o en aquella que postula que es posible argumentar como verdaderos los juicios y las tesis morales, incluso las expresadas por los principios constitucionales<sup>15</sup>.

Observemos, entonces, que los dos autores citados en último término (García Amado y Ferrajoli), de adscripción positivista, destacan que la coincidencia que hay entre el neoconstitucionalismo y el iusnaturalismo es que ambos paradigmas encuentran un fundamento que trasciende a la misma norma; no obstante, en lo que hay desacuerdo es en cuál resulta ser este.

A su vez, este es un aspecto que también es destacado por autores iusnaturalistas, así, es el caso de, por ejemplo, Rodolfo Vigo, quien sostiene que es posible observar conexiones entre los autores neoconstitucionalistas y lo que él llama el realismo jurídico clásico, en cuanto a las conexiones entre Derecho y moral, ya que “[...] ambas teorías terminan siendo funcionales al EDC (Estado de Derecho Constitucional) en tanto avalan y promueven sus rasgos fundamentales en materia de conexiones entre Derecho y moral”<sup>16</sup>.

No obstante, la diversa base filosófica entre una y otra posición hará, según Vigo, que en algunos temas particulares esta aparente conexión provoque un abismal desencuentro. Curiosamente, estos temas normalmente se encuentran relacionados con

<sup>15</sup> Ferrajoli, quien adopta una posición relativista moral, llega a decir con relación a lo que él califica como objetivismo ético: “[...] la única concepción objetivista de la moral que me parece sensata, aunque sea totalmente absurda, es la católica, según la cual Dios ‘existe’ y la moral es, objetivamente, la querida por él [...]”. Ferrajoli, L. (2011). “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo”. En *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 342.

<sup>16</sup> Vigo, R. (2012). “Derecho y moral en el Estado de Derecho Constitucional (proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico)”. En *Prudentia Iuris* n° 74, Buenos Aires, Educa.

## ¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO MORAL DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?...

problemas centrales de la ética de nuestro tiempo como, por ejemplo, lo referido a la dignidad humana o al derecho a la vida (aborto, eutanasia, etc.)<sup>17</sup>.

Otro autor iusnaturalista también destaca la hiperconexión existente entre Derecho y moral en el neoconstitucionalismo pero desde una posición mucho más crítica que la de Rodolfo Vigo ya citada: Luis Bandieri; este sostiene con relación al neoconstitucionalismo: “Nos encontramos ante un panmoralismo predicado desde el más denso relativismo moral, producto de éticas procedimentales en sociedades donde el único ‘metavalor’ o ‘contenido sólido’ proclamable es, precisamente, el de la pluralidad de valores y principios, obligados a un constante tacto de codos: ‘la necesaria coexistencia de los contenidos’”<sup>18</sup>.

Más allá de la crítica realizada, Bandieri destaca un rasgo del neoconstitucionalismo que también fuera realizado por los autores positivistas: su constructivismo ético.

### *2.b) Algunas notas de la moral neoconstitucionalista*

En el neoconstitucionalismo, las normas constitucionales y, particularmente, la enunciación genérica de los derechos reconocidos en los Tratados de Derechos

<sup>17</sup> Llama la atención incluso que Ferrajoli, en la obra citada en el punto 10, ponga el mismo ejemplo que Vigo, pero precisamente para decir que los dos son supuestos distintos de objetivismo ético que contienen tesis contrapuestas: “Mi afirmación, firmemente rechazada por Atienza (At., 77), que ninguna tesis ético cognoscitivista está en capacidad de impugnar una tesis ético-cognoscitivista distinta (la católica, por ejemplo), está ligada al hecho de que ambas tesis son propuestas como verdaderas o, en todo caso, como objetivas (o bien, obviamente verdaderas) en el sentido fuerte de estas expresiones: por ejemplo, según la ética católica, es ‘verdadera’ la tesis que el aborto debe ser prohibido; al contrario, según una tesis objetivista laica, es ‘verdadera’ la tesis opuesta, que no debe serlo en virtud del derecho de la mujer a la autodeterminación de la maternidad. Es claro que en la base de estas dos tesis hay dos valores opuestos”. Ferrajoli asume una posición favorable al aborto; acorde a su relativismo ético, puede verse su trabajo: Ferrajoli, L. (2002). “La cuestión del embrión entre Derecho y moral”. En *Revista Jueces para la democracia. Información y debate*. No. 44.

<sup>18</sup> Bandieri, L. “¿Un neopositivismo moral?” Recuperado de [www.academia.edu](http://www.academia.edu) el 6-9-2019. La tesis de Bandieri da un paso más al sostener que el neoconstitucionalismo es un neopositivismo moral: “El neoconstitucionalismo no alcanza a desenvolver un nuevo paradigma superador del positivismo, sino que resulta más bien su transfiguración en un neopositivismo de valores dominantes concentrado en el protagonismo judicial”. “[...] un tribunal o corte constitucional, o la Corte Europea de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entienden establecer una ‘verdad’ cuando fallan sobre las cuestiones relativas a derechos fundamentales [...]”.

## JORGE OCANTOS

Humanos, son concebidas como principios ético-políticos a la luz de los cuales desde la Constitución debe<sup>19</sup> realizarse un juicio sustancial de validez antes que formal.

Como expresaremos luego (pero adelantamos aquí), el punto central no necesariamente está dado por los Tratados de Derechos Humanos, que son reconocidos y valorados (en términos generales) tanto por autores de perfil positivista y iusnaturalista, sino por la sobre-interpretación que de los derechos con jerarquía constitucional realiza el neoconstitucionalismo que lleva muchas veces a la confusión entre moral y Derecho.

Un ejemplo característico de esta praxis neoconstitucional puede verse en el modo en que los seguidores de esta corriente (conforme esta fuera descripta) intentan introducir la existencia de un derecho al aborto en los países de Latinoamérica.

En ningún país latinoamericano existe consagrado en la legislación interna un derecho al aborto libre<sup>20</sup>, los Tratados de Derechos Humanos tampoco tienen incorporado un derecho al aborto. No obstante, sobre la base de la sobre-interpretación de estos Tratados, distintos órganos de aplicación han emitido recomendaciones a distintos Estados en el sentido de que deben despenalizar el aborto<sup>21</sup>. Y, a partir de estas recomendaciones, distintos tribunales supremos<sup>22</sup> de distintos países, con el argumento de que el Estado no incurra en responsabilidad internacional, han reconocido la existencia de un derecho al aborto que se encontraba prohibido en su legislación interna y que tampoco se encontraba reconocido en los mismos Tratados.

<sup>19</sup> Ya no es facultativo para los jueces, por cuanto no se presenta la discusión sobre si puede o no declararse la inconstitucionalidad de oficio, esto es un imperativo para el juzgador.

<sup>20</sup> Incluso códigos penales muy recientes contienen prohibiciones absolutas de aborto, como el de Nicaragua (2007) o El Salvador (1997).

<sup>21</sup> Los Tratados de Derechos Humanos contienen órganos de aplicación específicos que se encargan de supervisar el cumplimiento de cada uno de ellos. Estos órganos no necesariamente son jurisdiccionales; por el contrario, estos últimos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son la excepción.

Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos es el órgano de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o el Comité de los Derechos del Niño es el órgano de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño.

En el caso de Argentina, como puede verse en el fallo “F.A.L.” (2012) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tanto el Comité de Derechos Humanos como el Comité de los Derechos del Niño emitieron declaraciones recomendando la despenalización del aborto.

<sup>22</sup> Es el caso de la Corte Constitucional de Colombia en 2006, la Corte Suprema de Justicia de la Argentina en 2012 y el Tribunal Constitucional de Chile en 2017.

## ¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO MORAL DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?...

Traemos este ejemplo para destacar (como hicieramos en el primer capítulo) cómo, mediante el activismo judicial que caracteriza al neoconstitucionalismo, distintos tribunales reconocieron la existencia de un derecho que en la legislación estaba prohibido, y que no se encontraba reconocido en ningún Tratado. Esto surge, precisamente, de concebir las disposiciones de los Tratados como principios antes que como reglas y, sobre la base de la sobre-interpretación de estos principios (mediante la ponderación antes que la subsunción normativa), concluyeron que era imperativo reconocer como derecho aquello que se encontraba prohibido. Ello sin hacer ninguna reforma ni derogación normativa.

De ahí que muchas veces la praxis neoconstitucional se convierta en una moral “positivizada” que, sobre la base de estos principios (de los que de manera sucesiva van emergiendo nuevos principios), y la ponderación como técnica hermenéutica, vaya más allá y, en muchos casos, contradiga expresamente la norma.

Obviamente esto no quita que haya sujetos que van a seguir conservando su propia moral, sino que lo que destacamos es que el ordenamiento jurídico, como regla (y no de manera excepcional), va a realizar juicios sustanciales sobre la base de principios antes que juicios formales de validez<sup>23</sup>. Y, precisamente, por eso es que Derecho y moral (la moral propia del neoconstitucionalismo), por momentos, terminan confundidos.

Por último, queremos reforzar una vez más que no resulta posible identificar la posición neoconstitucional con el iusnaturalismo, ni la moral que le es propia con el Derecho Natural. Esto no es admitido ni por los iusnaturalistas, ni por los neoconstitucionalistas e, incluso, tampoco por los positivistas.

Destacada entonces la hiperconexión que se da entre moral y Derecho en el neoconstitucionalismo, intentemos desentrañar, a continuación, cuál es esa moral que informa al neoconstitucionalismo.

### ***3. El emotivismo ético como fundamento moral del neoconstitucionalismo***

Si como dicen los mismos autores neoconstitucionalistas, en este modelo hay una conexión muy fuerte (que aquí llamamos hiperconexión) entre moral y Derecho, parece evidente que necesariamente deban realizarse algunas preguntas de este tipo:

<sup>23</sup> De ahí que haya autores que sostengan que en el paradigma neoconstitucional nos encontramos con un “Neopositivismo moral”. Bandieri, Luis. Obra citada.

- ¿Cuál es la moral de este paradigma?

- ¿Es una moral “neutra”?, ¿existe verdaderamente una moral “neutra”?

Una respuesta sencilla es que su moral (o ética<sup>24</sup>) es la de los Tratados de Derechos Humanos; de hecho, es desde la casuística de los derechos enunciados en estos tratados que se desprenden sus principios (éticos) y de los cuales es posible derivar otros principios a su vez<sup>25</sup>. No compartimos esta posición ya que se puede separar al modelo neoconstitucional de los Tratados de Derechos Humanos o, mejor dicho, se puede valorar y reconocer el aporte de los Tratados de Derechos Humanos sin necesariamente adscribir al neoconstitucionalismo. Pero lo que no creemos posible es sostener que la moral neoconstitucional sea una moral neutra. Como decía el escritor colombiano Nicolás Gómez Dávila, “El hombre llama ‘neutro’ lo que quiere imponer sin confesar sus motivos”. Una moral neutra equivaldría a un a-moralismo, es decir, a tomar una posición indiferente frente a un conflicto moral; pero como vimos, el neoconstitucionalismo en modo alguno pretende permanecer indiferente, toma partido de los conflictos de nuestro tiempo y se precia de ello.

Entonces, si la moral que informa al neoconstitucionalismo no es una moral neutra, ¿cuál es el fundamento moral de esta teoría jurídica?

Hay quienes califican la moral de autores que nosotros encuadramos en el neoconstitucionalismo como un “constructivismo ético”<sup>26</sup> (Nino mismo, en *Ética y derechos humanos*, llama a su doctrina un “construccionismo moral”) y ciertamente resulta interesante pero, con ello, en rigor sólo se califica el proceso del que emerge esta moral y no su contenido.

<sup>24</sup> No nos detendremos aquí en la distinción conceptual entre una y otra palabra que realizan algunos autores.

<sup>25</sup> El autor brasileño Lenio Luiz Streck advierte sobre la existencia del “pan-principialismo”; a tal fin provee un listado de 24 principios de creación jurisprudencial en el Derecho brasileño que no tienen ningún fundamento en el texto constitucional, como por ejemplo, el “principio de precaución”, el “principio de la no sorpresa”. Estos principios, en la interpretación jurisprudencial, luego crean otros principios, y así sucesivamente. Streck, L. L. (2009). “Verdade e Consenso. Constituicao, Hermenêutica e Teorías Discursivas. Da possibilidade a necessidade de respostas corretas em direito”. En *Lumen juris*, 470-496. Citado por Ferrajoli, L. En “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. Obra citada.

<sup>26</sup> Como vimos, esta crítica se puede realizar tanto desde el positivismo (García Amado) como desde el iusnaturalismo (Bandieri).

## ¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO MORAL DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?...

Si el neoconstitucionalismo juzga la validez por su contenido sustancial es imprescindible conocer cuál regla es la que utiliza para hacer este juicio. No resulta suficiente decir que su moral es “constructivista” porque con ello sólo se está describiendo un procedimiento antes que su contenido que es, precisamente, la óptica desde la que va a realizar su juicio.

Aquí llegamos al nudo de nuestra exposición y, asumiendo el riesgo propio de cualquier generalización, nos permitimos intentar una respuesta a la pregunta que formulamos: la moral del neoconstitucionalismo es el emotivismo ético.

Para desarrollar y explicar en qué consiste el emotivismo ético tomaremos la aguda explicación que Alasdair MacIntyre<sup>27</sup> realiza en su obra, *Tras la virtud*<sup>28</sup>, centrándonos en la génesis y desarrollo histórico que de ello realiza el filósofo escocés.

Luego, en el capítulo 4, expondremos los puntos de conexión del emotivismo ético con la teoría neoconstitucional; es decir, en primer término, explicaremos el concepto del emotivismo ético para, a continuación, desarrollar cuál es su vinculación con la teoría y, también, con la praxis neoconstitucional.

MacIntyre da una explicación filosófica de lo que él califica como emotivismo ético realizando un recorrido histórico (no lineal) en su obra. El comienzo del emotivismo ético se encontraría en la filosofía idealista y en el movimiento de lo que luego se conocerá como la Ilustración. Los filósofos de esta época fueron herederos de la tradición moral del Occidente cristiano, acostumbrada a formular juicios morales con pretensiones de objetividad. En la estructura básica de la moral existente hasta la Ilustración, proviene de la ética aristotélica desarrollada en la *Ética a Nicómaco*, donde puede advertirse el contraste entre:

- El hombre tal como es;
- El hombre como podría ser si realiza su naturaleza.

En la moral occidental cristiana, resulta esencial conocer el concepto de naturaleza que, como fuera desarrollado por Aristóteles, implica reconocer principalmente la noción de

<sup>27</sup> La explicación del origen y desarrollo de lo que es el emotivismo ético que realiza el autor escocés nos parece admirable. No obstante, tenemos que advertir aquí que ello no necesariamente implica que estemos de acuerdo con todo lo dicho por MacIntyre. Puntualmente, como desarrollaremos en el punto 4.b), nos permitimos enunciar algunas diferencias con la posición de MacIntyre con relación a los Derechos Humanos, los que dice que no existen, fundamentalmente por la imposibilidad de predicar su universalidad.

<sup>28</sup> MacIntyre, A. (2009). *Tras la virtud*. Barcelona. Biblioteca del Bolsillo.

finalidad, de *telos* en el obrar humano. Para ello, las virtudes mediante la razón indican cómo pasar de la potencia al acto, cómo realizar nuestra verdadera naturaleza y alcanzar nuestro verdadero fin. La razón aquí no es autónoma, sino que realiza sus juicios sobre la base del reconocimiento de un orden precedente donde la noción de fin, de *telos*, en el obrar humano resulta fundamental. En esta lógica, los juicios morales se utilizan para sostener posiciones verdaderas o falsas sobre el obrar moral.

Los filósofos morales del siglo XVIII (MacIntyre destaca principalmente a Kant, Hume y Diderot) fueron herederos de esta concepción que pretendía formular juicios con pretensiones de objetividad; ellos, a su vez, quisieron mantener esta pretensión, pero lo hicieron mediante un fundamento filosófico completamente diferente al del realismo aristotélico de la tradición occidental cristiana.

Todos ellos, en el idealismo que les era propio, habían abandonado la dimensión teleológica de la naturaleza humana, del reconocimiento de una esencia que definiera un verdadero fin. Los filósofos del siglo XVIII sostuvieron una concepción muy diferente de la naturaleza humana (herederos de una concepción que venía de la reforma), donde ya no existía la pretensión de comprender el fin del hombre. La razón no puede comprender esencias o el paso de la potencia al acto, sino que es cálculo, la preocupación de la razón pasan a ser los medios antes que los fines.

Kant, Hume y Diderot rechazan cualquier visión teleológica de la naturaleza humana. Pero como dijimos antes, no obstante haber abandonado esta concepción filosófica, lo que no abandonaron fue la voluntad de concebir una moral con pretensiones de formular juicios objetivos e incluso universales (como el caso del imperativo categórico de Kant). El mismo Kant fue un gran moralista y, en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, tuvo el gran acierto de formular el concepto moral de que el hombre no es instrumental sino un fin en sí mismo.

El quiebre que el idealismo provocó en la filosofía realista aristotélica no implicó inmediatamente una relativización de la filosofía moral, sino que de lo que esta no se “liberó” fue precisamente de la pretensión de realizar juicios morales universales.

No obstante, en este contexto de abandono de la noción de *telos* de las cosas, lo que sí va a cambiar es el sentido de los juicios morales ya que, si no es posible reconocer una finalidad en las cosas, resulta muy difícil justificar por qué algo es bueno o malo moralmente hablando; vamos a encontrar tantas justificaciones como obras encontremos. El resultado de ello es la autonomía del agente moral y la concepción de este como individuo, concepto este fundamental para el Derecho que luego será

## ¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO MORAL DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?...

retomado precisamente relacionado con los “derechos individuales”. No obstante, para llegar al emotivismo ético iba a ser necesario dar un paso intermedio.

El paso intermedio lo dio el utilitarismo, al buscar una nueva teleología en el obrar humano; como dijimos antes, la teleología realista aristotélica había sido abandonada en el siglo XVIII; pero como el hombre no puede obrar sin un fin fue necesario crear una nueva teleología en la conceptualización de la filosofía moral. Quien vino a intentar dar una respuesta a ello fue el utilitarismo, primero con Jeremías Bentham, quien propuso que el *telos* del obrar humano es la búsqueda del placer y la aversión del dolor, ello es lo que colaboraría a la mayor felicidad del hombre, con la obtención del mayor placer posible y la menor cantidad de dolor.

La noción dada por Bentham fue luego reformulada por John Stuart Mill, quien advirtió la dificultad de brindar una respuesta unitaria simple a lo que podía entenderse por el placer y la felicidad. En efecto, puede haber tantas concepciones de la felicidad y actividades placenteras como personas encontremos; reconocer que existen múltiples modos de experimentar el placer y evitar el dolor (sin necesidad de recurrir a supuestos patológicos como el sadismo o el masoquismo) conlleva la pérdida del valor de estos conceptos en la lógica utilitarista.

Con ello, el utilitarismo, en su afán de recuperar el sentido de la dimensión teleológica del obrar humano, lo que abandonó fue la pretensión de objetividad de los juicios morales, los que se vieron reemplazados por el intuicionismo y el emotivismo ético. De este modo, el utilitarismo se convierte en la pieza que vincula el proyecto de los filósofos morales del siglo XVIII con el emotivismo ético de los siglos XX y XXI.

Finalmente, el filósofo que de modo expreso se ha preocupado en sistematizar el emotivismo ético ha sido G. E. Moore, en su obra *Principia Ethica*, quien le da forma a dos posiciones paradigmáticas:

1. Lo bueno no es una propiedad natural de las cosas sino que es el nombre que le damos a lo placentero o a lo que conduce a la supervivencia evolutiva. Lo bueno entonces, según Moore, son sólo “intuiciones” que no se pueden probar o refutar.
2. Sostener que una acción es justa equivale sólo a decir que es aquella que produce el mayor bien (tal como lo vimos en el párrafo anterior).

No es casualidad que haya sido precisamente este filósofo el que desarrolló el concepto de la “falacia naturalista”, para descalificar a las concepciones éticas que derivan de la naturaleza (de una concepción finalista del obrar), la existencia de una determinada moral.

En la explicación de MacIntyre, lo que se sigue de ello es que ninguna acción es justa o injusta en sí misma, sino que vamos a tener que estar atentos exclusivamente a las circunstancias. No hay una propiedad natural para lo bueno y para lo justo, la moral se convierte en un discurso que se propone expresar las propias experiencias de lo placentero, las propias intuiciones. Ya no existen criterios impersonales y objetivos que le den contenido a la moral más que las propias preferencias del agente moral.

La moral prácticamente se convierte en lingüística<sup>29</sup> o, en el decir de MacIntyre, el emotivismo culmina en una falsa teoría del significado. El discurso moral abandona la pretensión de emitir juicios objetivos que contengan un contenido teleológico y este desacuerdo múltiple resultante es precisamente reivindicado y dignificado por el emotivismo con el nombre de “pluralismo”<sup>30</sup>.

MacIntyre lo expresa de este modo: “Los juicios morales pierden todo estatus claro y paralelamente las sentencias que los expresan pierden todo significado indiscutible. Tales sentencias se convierten en formas de expresión útiles para un yo emotivista, que al perder la guía del contexto en que estuvieron insertadas originariamente, ha perdido su senda tanto lingüística como práctica en el mundo”<sup>31</sup>.

A modo de síntesis de este capítulo, el emotivismo ético es una filosofía moral fundada en el olvido de la noción de naturaleza, donde no es posible distinguir ninguna finalidad en el obrar humano ni realizar ninguna valoración sobre este. Lo único legítimo en esta ética será que la conducta de los individuos sea la expresión de las preferencias personales del agente moral.

#### ***4. La vinculación entre el emotivismo ético y la teoría neoconstitucional***

<sup>29</sup> No es casualidad que los filósofos morales sean grandes conocedores de la lingüística y su principal preocupación, a la par que las cuestiones morales, esté en el discurso. Ejemplo de ello, más allá de estar de acuerdo o en desacuerdo con sus posiciones, son Nietzsche (que tenía una especial predilección por la lingüística) o el mismo Michel Foucault, de quien puede citarse su lección inaugural en el *College de France*, luego editada como *El orden del discurso*, cuya hipótesis principal es precisamente que quien domina el discurso es quien domina la realidad.

En esta misma lógica, en el ámbito del Derecho la escuela crítica le asigna un rol central al discurso antes que a los principios.

<sup>30</sup> Debe destacarse que el emotivismo ético deviene del relativismo pero no puede ser identificado necesariamente con este. Cianciardo, J. (2004). “Modernidad jurídica y ‘falacia naturalista’”. En *Dikaion* n° 13. Revista de la Universidad de La Sabana. Colombia.

<sup>31</sup> MacIntyre, A. (2009). *Tras la virtud*. Barcelona. Biblioteca del Bolsillo, 85.

## ¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO MORAL DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?...

La hipótesis aquí desarrollada es que la moral del neoconstitucionalismo es el emotivismo ético.

Pero esto no necesariamente quiere decir que todos los juristas neoconstitucionalistas vayan a sostener de modo expreso que la moral de su sistema es el emotivismo ético. Tal vez, alguno sí lo haga, pero la manera en la que esta corriente de la filosofía moral se encuentra presente en la praxis neoconstitucional muchas veces es críptica.

Se trata de un emotivismo que no necesariamente se hace expreso, es decir, que de modo expreso y deliberado revela sus motivaciones y fundamentos, salvo algunas situaciones particulares en que sí lo hace.

Ocurre con el emotivismo algo muy similar a lo que el filósofo argentino Emilio Komar veía como característico de la cultura contemporánea, la presencia de un idealismo que no se hacía explícito, al que él llamaba criptoidealismo<sup>32</sup>.

El neoconstitucionalismo, en su discurso (y no decimos teoría, ya que muchas veces es mayormente praxis antes que reflexión), es un criptoemotivismo que muy pocas veces va a tener la oportunidad (o, más propiamente dicho, voluntad) de hacerse explícito; es decir, de revelar de modo consciente y deliberado su fin y fundamento.

Ahora bien, llegado a este punto del desarrollo, entonces, la pregunta que cabe hacerse es: ¿en qué punto se da la intersección entre el discurso jurídico neoconstitucional y el emotivismo ético en el Derecho?

La respuesta a esta pregunta la vamos a dividir en dos partes.

### *4.a) Los Derechos Subjetivos como vehículo para la juridización de las preferencias personales*

El primer punto de cruce entre el emotivismo ético y el neoconstitucionalismo se da cuando esta moral adquiere el ropaje de lo que en Derecho se llama Derecho Subjetivo.

Es decir, cuando las propias preferencias personales ya no son sólo opciones morales, sino que se convierten en Derechos Subjetivos, en exigencias cuyo cumplimiento, por un lado, resulta lícito demandar y, por otro, obligatorio satisfacer.

<sup>32</sup> Komar, E. (2006). *Criptoidealismo en la cultura contemporánea*. Buenos Aires. Ediciones Sabiduría Cristiana.

No estamos de acuerdo con quienes pregonan la inexistencia de los Derechos Subjetivos<sup>33</sup>, no tenemos dudas de lo acertado de su reconocimiento en la ciencia jurídica.

El concepto de Derecho Subjetivo fue introducido en el Derecho occidental por Francisco Suárez. Hasta entonces, el concepto de Derecho, que reconocía su origen en el Derecho romano, era el de Derecho Objetivo, como la misma cosa justa y, cuya herramienta fundamental para su determinación resultaba ser la jurisprudencia. Pero el concepto de Derecho de ningún modo podía identificarse con el de Derecho Subjetivo.

El que tuvo el mérito de formular el concepto de Derecho Subjetivo fue Francisco Suárez, en su obra *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, editada por primera vez en 1612<sup>34</sup>.

Suárez explicaba al Derecho Subjetivo como “[...] cierta facultad moral que cada uno tiene sobre la cosa suya o sobre una cosa que se le debe [...]”.

Es curioso que este fuera definido como una facultad moral antes que jurídica, pero el dato que es elocuente es que su concepción de Derecho Subjetivo es la que se introdujo en la tradición jurídica occidental.

Ahora bien, es precisamente este concepto, el de Derecho Subjetivo, el que el neoconstitucionalismo utiliza para erigir los deseos, las propias preferencias personales del sujeto (sin ningún basamento objetivo en la cosa justa, en la realidad), en la facultad que puede ser exigida de otro e, interpretado a la luz de los Tratados de Derechos Humanos, ese “Otro” al que todo deseo resulta exigible y que se encuentra obligado a satisfacer estos deseos es el Estado.

En la concepción de Derecho del neoconstitucionalismo ya no existe el Derecho en sentido objetivo sino sólo los Derechos Subjetivos; ya no existe el Derecho sino los derechos.

El Derecho Subjetivo no busca su anclaje en la ley para encontrar allí lo justo del caso concreto sino que, en el neoconstitucionalismo, informado del emotivismo ético, los Derechos Subjetivos se convierten en la herramienta a través de la cual el individuo (antes que la persona) canaliza los propios deseos, las propias preferencias personales.

Para graficar la exposición, pongamos un ejemplo muy concreto de cómo se da ello hoy en día en el neoconstitucionalismo: la filiación. Este instituto jurídico es el ejemplo más

<sup>33</sup> Villey, M. (2019). *El derecho y los derechos del hombre*. Buenos Aires. Marcial Pons.

<sup>34</sup> Libro I, capítulo 2.5 de la obra citada.

## ¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO MORAL DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?...

paradigmático de esta distinción de conceptos en nuestro tiempo, de la toma de posición realizada por el neoconstitucionalismo y la inserción en el Derecho de la filosofía moral emotivista.

Desde el Derecho romano las fuentes de la filiación reconocidas en el Derecho occidental eran la filiación natural y la adopción. En estos casos lo que hacía el Derecho era reconocer una realidad natural, legislarla y, en su dimensión objetiva (el Derecho), regular las obligaciones emergentes de esta realidad natural, fundamentalmente por el instituto de la patria potestad. El Derecho se proponía seguir la realidad antes que crearla.

Ahora bien, hoy en día, en el caso puntual de nuestro país<sup>35</sup>, siguiendo una corriente internacional, se ha reconocido una fuente más de filiación y es la “voluntad procreacional”.

El concepto se vincula al nacimiento de personas mediante técnicas de reproducción humana asistidas (“TRHA”), pero la denominada “voluntad procreacional” se relaciona con quienes hayan nacido mediante esta técnica cuando el “material genético” (así se lo suele llamar) haya sido aportado por personas ajenas a las que quieren procrear, lo que se conoce como una TRHA con una técnica heteróloga y no homóloga (estas últimas son las que tienen lugar con “material genético” de los padres)<sup>36</sup>.

Pero yendo al concepto que queremos desarrollar aquí (relacionado a la absolutización de los Derechos Subjetivos), lo que es llamativo es que la introducción de este concepto ha generado un “derecho a la paternidad”. En esta lógica, quien experimente o sienta el deseo de ser padre, podrá demandar que se satisfaga este deseo de paternidad mediante la realización de las técnicas referidas<sup>37</sup>.

Si antes el Derecho en la filiación lo que hacía era reconocer una realidad natural imponiendo los consiguientes derechos y obligaciones mediante la patria potestad (hoy

<sup>35</sup> Desde la vigencia del Código Civil y Comercial (agosto de 2015).

<sup>36</sup> Incluso los nacidos mediante estas técnicas no tienen acceso a conocer la identidad de quienes hayan aportado el “material genético”, salvo que acudan a un juez “por razones debidamente fundadas” (art. 564, Código Civil y Comercial). No está claro cuáles son estas razones y a la vez es llamativa esta regulación cuando el derecho a la identidad ha estado constantemente presente en la historia reciente de nuestro país.

<sup>37</sup> Se puede ver, por ejemplo, recientemente, los fallos de la Sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal, “Vergara, Pamela y Otro c/ Osde s/ Amparo” y “Pannone, Claudia María del Carmen c/ Osde s/ Incidente de Medida Cautelar”, ambos del 18-10-2018.

llamada responsabilidad parental); por el contrario, hoy el deseo, canalizado mediante un Derecho Subjetivo, “crea una realidad”, como es la paternidad mediante una TRHA heteróloga. El deseo de ser padre es vehiculizado mediante un Derecho Subjetivo a la paternidad que debe ser satisfecho mediante el sistema de salud estatal (privado o público).

Si en un comienzo el reconocimiento de estas técnicas como fuente de filiación se proponía (de modo a-valorativo) reconocer a los hijos nacidos por intermedio de ellas, hoy, por el contrario, este reconocimiento se ha convertido en un “Derecho (Subjetivo) a la paternidad” fundado en el deseo de ser padre, aún para el caso de personas solteras<sup>38</sup>.

Aquí entonces, de modo paradigmático se ve claro cómo a los Derechos Subjetivos (fundados en el deseo) se les concede entidad para “crear una realidad nueva” y, esta intersección o, más propiamente igualación, entre el deseo/preferencia personal y el Derecho Subjetivo es el punto de encuentro del Derecho con el emotivismo ético.

Dijimos anteriormente que el emotivismo ético insuflado de las opciones morales que le son propias adquiere el ropaje del Derecho Subjetivo para hacer valer sus deseos. Quien formuló el concepto de Derecho Subjetivo en los albores de la modernidad, Francisco Suárez, fue un teólogo que muy poco o nada tenía que ver con los filósofos morales que un siglo después daría la Ilustración, pero Suárez presentó este concepto precisamente como una facultad moral. De ahí, luego este concepto se desarrolló y pasó al ámbito del Derecho como Derecho Subjetivo.

El neoconstitucionalismo, con su praxis emotivista, pretende retornar precisamente el Derecho al ámbito de facultad moral como instancia propia del lugar donde aquel resulta exigible, pero esta moral es una moral muy particular con las características propias del emotivismo ético.

#### *4.b) La universalización de los Derechos Humanos como umbrales de máxima antes que como pisos mínimos*

<sup>38</sup> “Una persona sola, una pareja del mismo sexo, cualquiera, puede acudir a esta ley, siempre que esté dentro del rango de edad y cuente con el consentimiento médico” (Senador Filmus; Período 131º, 6ª Reunión - 2ª Sesión ordinaria - 24 de abril de 2013, versión taquigráfica de la Cámara de Senadores de la Nación).

## ¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO MORAL DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?...

El segundo punto en el que queremos detenernos para analizar la intersección entre neoconstitucionalismo y emotivismo ético es el de la consagración de los Derechos Humanos como umbrales de máxima antes que como pisos mínimos.

Pero previo a adentrarnos en este punto se impone hacer dos aclaraciones.

### 4.b)1. Una aclaración con relación a la posición de MacIntyre

Como se mencionara en la nota al pie número 26, hemos tomado la explicación del emotivismo ético dada por MacIntyre pero a la par mencionamos que era necesario hacer una aclaración con relación a la valoración que este autor realiza sobre los Derechos Humanos.

MacIntyre dice que los Derechos Humanos no existen, pero lo interesante de su afirmación es su fundamento; para el autor escocés, los Derechos Humanos no existen porque es imposible predicar su universalidad. Como la neutralidad moral no existe, según el autor citado, los Derechos Humanos se tratarían entonces de la pretensión de universalización de una moral propia de una cultura determinada que se impondría a la idiosincrasia y particularidad de las distintas culturas y pueblos.

De ahí que la conclusión de su obra sea la propuesta del comunitarismo, la vuelta a la vida en pequeñas comunidades que hagan posible el ejercicio de la virtud y, en definitiva, la práctica de una vida virtuosa.

El tema así planteado ineludiblemente remite a la relación entre moral y Derecho y, en algún punto, lo que resulta llamativo de lo sostenido por MacIntyre, tratándose de un autor enmarcado en una moral teísta, es que ese punto refiere a una cuestión central de la tradición judeocristiana.

En efecto, los mandamientos de la segunda tabla pueden perfectamente ser concebidos como una moral mínima con pretensiones universales; el “no matar”, “no robar”, no se presentan en absoluto como descabellados.

Probablemente la propuesta del comunitarismo radique en visualizar como imposible el retorno a una moral propia de la tradición filosófica realista, no obstante, ello de por sí no torna inválido concebir como posible y legítimo un piso moral mínimo universalizable y los mandamientos del judeocristianismo son la muestra más cabal de ello.

Lo dicho último se relaciona con el matiz que queremos señalar con relación a la posición de MacIntyre.

#### 4.b)2. Derechos Humanos y neoconstitucionalismo

La segunda aclaración que queremos formular es que no parece justo identificar al neoconstitucionalismo con los Tratados de Derechos Humanos. Criticar al neoconstitucionalismo no implica “estar en contra” de los Derechos Humanos.

Por el contrario, resulta un exceso considerar que un pensamiento, una corriente jurídica, o una doctrina puedan tener el “monopolio” de los Derechos Humanos. Quien ello manifestara dejaría a las claras una vocación hegemónica más propia de la preocupación por el ejercicio del poder antes que del genuino reconocimiento de los derechos de las personas.

Tanto es así ello que en el contexto de la segunda posguerra, en el que surge el llamado “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, el neoconstitucionalismo no estaba aún ni en los sueños de ningún autor.

Sí pensamos que hay excesos en la praxis de autores neoconstitucionalistas<sup>39</sup> que, por momentos, pareciera que pretenden “adueñarse” de los Derechos Humanos.

Incluso, también, podemos notar excesos en la praxis de algunos órganos de Derechos Humanos; estos excesos, como tuvimos oportunidad de ver con anterioridad, normalmente se encuentran relacionados con problemas centrales de la ética de nuestro tiempo como, por ejemplo, lo referido a la dignidad humana y al derecho a la vida (aborto, eutanasia, etc.).

Lo que queremos dejar en claro en este punto es que la crítica que se pueda realizar al neoconstitucionalismo no necesariamente es trasladable a los Derechos Humanos.

Parece una verdad de Perogrullo pero los auténticos dueños de los Derechos Humanos no pueden ser identificados con esta o aquella escuela jurídica, sino que los “dueños” de estos “Derechos Subjetivos Naturales”, en la tradición realista, no son más que las personas.

#### 4.b)3. El umbral de máxima de los Derechos Humanos en la praxis neoconstitucional

<sup>39</sup> En algunas ocasiones recuerdan la famosa tesis 11 de Marx sobre Feuerbach: “Los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de transformarlo”.

El Derecho en esta concepción, en ocasiones, se encuentra emparentado con una concepción revolucionaria, donde se trata más una praxis transformadora individualista (con exclusivo foco en los Derechos Subjetivos), antes que una reflexión sobre lo genuinamente justo en la realidad.

## ¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO MORAL DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?...

Retomemos el desarrollo luego de las dos aclaraciones formuladas en 4.b)1. y 4.b)2. Como mencionamos antes, una de las características de Los Derechos Humanos es que son universales, de modo que todo aquello que concluyamos que se trata de un “derecho humano”, va a tener vocación universal y, como consecuencia de ello, va a encontrarse por sobre las distintas culturas o, mejor dicho, por sobre el Derecho Interno de los Estados en que este “derecho” pretenda introducirse.

El tema así presentado ineludiblemente remite a lo que tratáramos en el punto 2; ello es la relación entre moral y Derecho.

Como advirtiéramos allí, autores de adscripción positivista, iusnaturalista, o también neoconstitucionalistas reconocen la estrecha relación existente entre moral y Derecho en el neoconstitucionalismo.

Pero este no es un carácter exclusivo del neoconstitucionalismo; antes de que se comenzara a hablar de este, quien históricamente siempre remarcó la necesaria vinculación entre moral y Derecho fue el iusnaturalismo, aún en su multiplicidad de variantes y tendencias. No obstante, el iusnaturalismo clásico, perteneciente a la tradición aristotélico-tomista, se encargó de destacar que el Derecho “contenía un mínimo de moral” destinado a hacer posible la convivencia social o, más propiamente, el bien común.

De allí que las acusaciones de objetivismo ético dirigidas en contra de esta tradición iusnaturalista (que históricamente resulta ser la más paradigmática dentro del iusnaturalismo) sean injustas, por cuanto, como de modo expreso lo decía Tomás de Aquino o el mismo Aristóteles, el Derecho no pretende ser la concreción absoluta de una moral determinada, ya que no tiene por objetivo el ejercicio pleno de la virtud y la erradicación de todos los vicios, sino que se trata un “piso mínimo” que haga posible la convivencia social y la realización del bien común<sup>40</sup>.

Estas consideraciones referidas a la relación entre Derecho y moral también resultan extrapolables a la relación entre Derechos Humanos y moral. En efecto, los Derechos

<sup>40</sup> Puede verse, de Tomás de Aquino, de la *Suma Teológica* I-II q. 96, a. 3: “[...] la ley humana no se ocupa de todos los actos de todas las virtudes, sino sólo de aquellos que se refieren al bien común [...]”.

O también I-II q. 96, a. 2: “[...] la ley no prohíbe todos aquellos vicios de los que se abstienen los virtuosos, sino sólo los más graves, aquellos de los que puede abstenerse la mayoría y que, sobre todo, hacen daño a los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría subsistir, tales como el homicidio, el robo y cosas semejantes”.

Humanos también son “pisos mínimos” tendientes a hacer posible la convivencia social; es el único modo en que sus preceptos pueden tener vocación universal.

Lo contrario implicaría ir en desmedro de ellos mismos por cuanto tendrían que hacerse cargo de la crítica formulada por MacIntyre, ya que sus preceptos irían en contra de cualquier cultura en cualquier condición y circunstancia. No sólo eso, sino que podríamos encontrarnos con la paradójal situación de que, si en un Estado hubiera disposiciones de Derecho Interno más protectoras de un derecho que lo reconocido en los Tratados de Derechos Humanos, aquellas debieran ceder en beneficio de estas. Si así fuera, lo que se protegería sería un sistema antes que los derechos de las mismas personas. Esta nota que aquí destacamos es reconocida expresamente por algunos tratados donde se deja en claro que en caso de que las disposiciones de Derecho Interno de un Estado sean más protectoras que lo dispuesto en los Tratados de Derechos Humanos deben primar aquellas sobre estas<sup>41</sup>.

Ahora bien, el neoconstitucionalismo informado de “emotivismo ético” en ocasiones se ha valido de una particular visión de los Derechos Humanos para convertir a estos en umbrales de máxima. En este contexto, cualquier conclusión emergente de la sobre-interpretación de los Derechos Humanos resultaría obligatoria para el Estado.

Uno podría pensar que ello no ofrecería ningún riesgo ya que lo dispuesto en los mismos Tratados de Derechos Humanos es algo a lo que el Estado se obligó y no podría nunca ir en desmedro de las disposiciones del Estado más protectoras de los Derechos Humanos que lo que dispusiera el mismo Tratado. No obstante, ello no es así, como advirtiéramos antes; el neoconstitucionalismo es más propiamente una praxis que una reflexión jurídica sobre el Derecho Objetivo y, de este modo, la herramienta de la que habitualmente se sirve es la de la sobre-interpretación formulada por los órganos de aplicación de los Tratados. Estos órganos en muchas ocasiones se encuentran informados del emotivismo ético descrito por MacIntyre; ejemplo de ello son algunas

<sup>41</sup> Puede citarse, por ejemplo, el art. 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El Derecho de un Estado Parte; o b) El Derecho Internacional vigente con respecto a dicho Estado”.

También el preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos destaca: “[...] los derechos esenciales del hombre ... justifican una protección internacional, de naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria de la que ofrece el Derecho Interno* de los Estados americanos”. (El destacado nos pertenece).

## ¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO MORAL DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?...

resoluciones emitidas por los organismos. Puede ocurrir incluso que con fundamento en el Tratado los órganos de aplicación concluyan en cuestiones que resultan contrarias a lo que dispone el mismo Tratado<sup>42</sup>. Y ello es una consecuencia de la sobreinterpretación que realizan predicada precisamente de modo expreso por el mismo neoconstitucionalismo.

La moral del neoconstitucionalismo (el emotivismo ético, como advertimos), que muchas veces busca fundamento en una particular visión de los Derechos Humanos, en la medida en que concibe a estos como “umbrales de máxima”, sí corre el riesgo de erigirse en un objetivismo ético, como advertían los autores positivistas citados (García Amado o Ferrajoli). Lo que estos autores no advirtieron es la diferencia en la naturaleza de la conexión entre moral y Derecho en el iusnaturalismo y en el neoconstitucionalismo. Mientras que en el iusnaturalismo se tratará de un “piso mínimo” que haga posible la convivencia social y el bien común, en el neoconstitucionalismo se tratará de un umbral de máxima destinado a garantizar los deseos (convertidos en Derechos Subjetivos) de todas las personas posibles.

De ahí entonces que en el neoconstitucionalismo se dé una hiperconexión entre moral (la moral que le es propia, el emotivismo ético) y Derecho; mientras que en el iusnaturalismo, sólo una conexión.

A modo de conclusión de este punto, los derechos enunciados en los Tratados de Derechos Humanos, concebidos como un umbral de máxima, se convierten en la herramienta mediante la que el neoconstitucionalismo les da forma jurídica a las preferencias personales del yo emotivista. Esta praxis es muy distinta de la que propone el iusnaturalismo de tradición realista en la relación entre moral y Derecho.

### ***5. El progresismo moral o la progresividad en el Derecho***

Al comenzar el presente trabajo afirmamos que el neoconstitucionalismo se presenta como una instancia superadora del debate histórico iusnaturalismo/positivismo. No hay dudas de que el neoconstitucionalismo es posterior en el tiempo a aquellos dos movimientos paradigmáticos, es un dato cronológico, indiscutible. No sólo ello, sino

<sup>42</sup> Una de las más paradójales tal vez resulte la observación final nº 4 del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 2010, que dispuso que con fundamento en el art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que protege el derecho a la vida), nuestro país debía modificar la legislación restrictiva del aborto.

## JORGE OCANTOS

que, como indicamos, su praxis se presenta en oportunidades de manera profética conceptualizando que si los siglos XIX y XX fueron los siglos del Poder Legislativo y el Ejecutivo (respectivamente), el XXI será el del Poder Judicial.

Ahora bien, lo que subyace detrás de estas afirmaciones (de que se trate de una instancia superadora, de que el siglo XXI será el siglo del Poder Judicial) es una concepción progresista de la moral. Es decir, por el mero hecho de que un movimiento es posterior a otro en el tiempo ello quiere decir que es mejor y superador. Incluso uno de los principios desarrollados por el neoconstitucionalismo es precisamente el de “progresividad” de los derechos.

Así, se aplica al Derecho una concepción científicista y materialista donde se pretende que por la mera circunstancia de que una doctrina sea posterior a la otra en el tiempo implique su superación y progreso. Ello puede ser así en otras disciplinas; por ejemplo, en la aviación, para que un avión volara, ¿cuántos tuvieron que caer? y, los investigadores a medida que avanzaban en sus investigaciones, ¿se encontraban dispuestos a caer dos veces de sus diseños?, ¿o con uno ya habían sacado suficientes conclusiones?

Ahora bien, en disciplinas como el Derecho y la moral, ¿es acertado pensar que por el mero hecho de la posterioridad cronológica o la autorreferencial declaración de la superación de un debate ello implica efectivamente un progreso en la disciplina?

No tenemos dudas de que la respuesta es no.

El progreso material y científico es superior generación tras generación; no obstante, moralmente seguimos ceñidos a conflictos muy parecidos a los que agobian al Hombre desde que este es Hombre.

Tal vez, nada más oportuno como el relato autobiográfico en primera persona del escritor austríaco Stefan Zweig, quien, en *El mundo de ayer*, donde describe todos los cambios producidos a lo largo del siglo XX, a la par que cuenta los encomiables avances de la técnica, destaca la regresión moral producida en el siglo.

En dicha obra, Zweig se refiere al mundo de ayer como el mundo anterior a la primera guerra (él había nacido en 1881), que se vio expuesto a los abruptos y trágicos cambios del siglo XX.

Allí señala: “Sin embargo, por una extraña paradoja, en el mismo lapso en que nuestro mundo retrocedía un milenio en lo moral, también he visto a la misma humanidad elevarse hasta alturas insospechadas en lo que a la técnica y el intelecto se refiere, cuando de un aletazo ha superado todas las conquistas de millones de años: la del éter

## ¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO MORAL DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?...

gracias al avión, la transmisión de la palabra terrenal por todo el planeta en un segundo y, con ella, la conquista del universo, la desintegración del átomo, el triunfo sobre las enfermedades más péfidas y la conversión en posibles de muchas cosas cotidianas que tan sólo en la víspera eran imposibles. Antes de este momento, la humanidad, como conjunto, nunca había mostrado una faceta tan diabólica ni tampoco había alcanzado cotas de creación tan parecidas a las divinas”<sup>43</sup>.

En el ámbito del Derecho y la moral, no se puede concebir el progreso del mismo modo que en materia científica, por cuanto, como de modo maravilloso lo sostuviera Benedicto XVI, lo que se valora es la libertad del hombre y esta siempre es nueva, siempre tiene que tomar de nuevo sus decisiones y en cada decisión toda ella se compromete, no se puede asentar sobre las decisiones ya tomadas en el pasado por quienes nos precedieron: “Ante todo hemos de constatar que un progreso acumulativo sólo es posible en lo material. Aquí, en el conocimiento progresivo de las estructuras de la materia, y en relación con los inventos cada día más avanzados, hay claramente una continuidad del progreso hacia un dominio cada vez mayor de la naturaleza. En cambio, en el ámbito de la conciencia ética y de la decisión moral, no existe una posibilidad similar de incremento, por el simple hecho de que la libertad del ser humano es siempre nueva y tiene que tomar siempre de nuevo sus decisiones. No están nunca ya tomadas para nosotros por otros; en este caso, en efecto, ya no seríamos libres. La libertad presupone que en las decisiones fundamentales cada hombre, cada generación, tenga un nuevo inicio”<sup>44</sup>.

Como muestra basta mirar alrededor, mientras el progreso material y científico es superior generación tras generación, moralmente seguimos ceñidos a conflictos muy parecidos a los que agobian al Hombre desde que este es Hombre.

No hay tal progreso moral como el que se pretende muchas veces declamar; materia y espíritu (lo que nos da realmente la libertad) corren por carriles separados, y pretender aplicar la misma regla a uno y otro, equivale tanto como pretender medir un círculo con una escuadra.

Ello descarta que por una razón cronológica el neoconstitucionalismo y sus consecuencias sean necesariamente considerados un progreso, como muchas veces pretende justificárselo.

<sup>43</sup> Zweig, S. (2012). *El mundo de ayer. Memorias de un europeo*. Barcelona. Acantilado.

<sup>44</sup> Benedicto XVI. Carta encíclica *Spe Salvi*.

## ***6. Una aclaración final***

Una crítica posible a lo aquí desarrollado es la generalidad con la que nos hemos referido al neoconstitucionalismo.

Al comienzo advertíamos que era una teoría inorgánica que hacía más aconsejable hablar de neoconstitucionalismos que de uno sólo y, no obstante ello, a lo largo de este trabajo hemos hablado como si este fuera un único modelo. En efecto, nos hemos referido a él como aquella escuela del Derecho que reconoce una conexión entre (una) moral y Derecho pero a la vez reniega de la existencia del Derecho Natural.

Esta crítica podría tener algo de justicia pero, como réplica a ello, lo que cabe decir es que nos hemos referido a esta escuela (el neoconstitucionalismo) con una generalidad mucho menor de la que se puede hablar del positivismo y el iusnaturalismo. Decimos que es una generalidad mucho menor porque el iusnaturalismo y el positivismo tienen siglos de existencia, de modo que todo lo que podamos decir sobre ellos de manera general va a hacer que dejemos de lado una variedad innumerable de matices.

El neoconstitucionalismo tiene apenas unos años de existencia, por tanto, lo que digamos de él es cierto que va a dejar de lado algunos matices pero muchos menos que los que dejemos de lado al hablar del positivismo y el iusnaturalismo.

Sostener que no resulta posible generalizar sobre el neoconstitucionalismo a la hora de teorizar sobre su posición, en cuanto a la conexión entre moral y Derecho, equivaldría tanto a sostener como que no es posible hablar del Derecho.

O, por el contrario, implicaría tanto como reconocer que este se trata sólo de una praxis antes que una teoría jurídica.

## ***7. Conclusión***

El neoconstitucionalismo casi desde que comenzó como un ejercicio teórico, hace ya algunos años, se presentó como una corriente superadora del debate histórico positivismo/iusnaturalismo.

Pero esto, ¿es realmente así?, ¿puede eludir las críticas que le formula a uno y otro?, ¿es una moral neutra universalizable?

Como tuvimos oportunidad de exponer aquí, en rigor, su praxis está informada del emotivismo ético. Este no necesariamente se asume de modo expreso, sino que se trata

## ¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO MORAL DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?...

más propiamente de un “criptoemotivismo” presente en su praxis y en su discurso (utilizando una analogía entre los conceptos de idealismo y criptoidealismo desarrollados por el filósofo argentino Emilio Komar).

Para ello se va a valer de una particular visión de los Derechos Humanos, donde pretende erigir su moral en un umbral de máxima de los ordenamientos jurídicos de los Estados. No resulta tan fácil advertir ello e identificarlo con una ética objetivista, porque precisamente lo que pregona es la satisfacción de los deseos de todos los individuos, vehiculizando su deseo a través de los Derechos Subjetivos. Esto hace que quienes cuestionan sus posiciones pareciera que lo que están cuestionando es la libertad de las personas.

No juzgamos intenciones, sino que simplemente advertimos que su posición no es neutra, se posiciona (valga la redundancia) en una antropología individualista que como tal olvida una dimensión esencial del hombre (y del Derecho): la dimensión social.

Por ello pone al individuo por sobre la persona, a las ideas por sobre la realidad, ya que esta se reduce a lo que el individuo perciba que es, independientemente de su mayor o menor correspondencia con la realidad.

El neoconstitucionalismo, con el fundamento moral que le da forma, no ha superado el debate que se propone superar; su negación de la naturaleza lo que parece hacer, en un más largo o más corto plazo (no sabemos cuándo), es volver a reeditar el debate que pretende superar poniendo precisamente a la naturaleza, y al iusnaturalismo en particular, en un lugar central de la Filosofía del Derecho.

### ***Bibliografía***

- Alexy, R. (2013). “El no positivismo incluyente”. En *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 36.
- Alexy, R. (2007). “¿Derechos Humanos sin metafísica?” En *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30.
- Bandieri, L. “¿Un neopositivismo moral?” Recuperado de [www.academia.edu.ar](http://www.academia.edu.ar) el 6-9-2019.
- Benedicto XVI. Carta encíclica *Spe Salvi*.
- Cianciardo, J. (2004). “Modernidad jurídica y ‘falacia naturalista’”. En *Dikaion* n° 13, Revista de la Universidad de La Sabana. Colombia.

## JORGE OCANTOS

- Ferrajoli, L. (2011). “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo”. En *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 342.
- Ferrajoli, L. (2011). “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. En *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 15-53.
- Ferrajoli, L. (2002). “La cuestión del embrión entre Derecho y moral”. En *Revista Jueces para la democracia. Información y debate*. No. 44.
- García Amado, J. “El iusmoralismo de Carlos Santiago Nino. Una crítica”. Recuperado de [www.garciamado.es](http://www.garciamado.es) el 6-9-2019.
- Garzón Valdés, E. (1990). “Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral”. En *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 8.
- Gil Domínguez, A. (2009). *Escritos sobre neoconstitucionalismo*. Buenos Aires. Editorial Ediar.
- Guastini, R. (2001). “La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano”. En *Estudios de teoría constitucional*. México. Fontamara.
- Komar, E. (2006). *Criptoidealismo en la cultura contemporánea*. Buenos Aires. Ediciones Sabiduría Cristiana.
- MacIntyre, A. (2009). *Tras la virtud*. Barcelona. Biblioteca del Bolsillo.
- Nino, C. (1994). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona. Ariel.
- Ocantos, J. (2019, 26 de marzo). “Un comentario sobre derecho y lenguaje. A propósito de la expresión antiderechos”. *El Derecho*.
- Prieto Sanchís, L. (2011). “Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias”. En *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 229-244.
- Santiago, A. (2008). “Neoconstitucionalismo”. En *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*.
- Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica* I-II q. 96, a. 2 y a. 3.
- Vigo, R. (2012). “Derecho y moral en el Estado de Derecho Constitucional (proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico)”. En *Prudentia Iuris* n° 74, Buenos Aires, Educa.
- Villey, M. (2019). *El derecho y los derechos del hombre*. Buenos Aires. Marcial Pons.
- Zweig, S. (2012). *El mundo de ayer. Memorias de un europeo*. Barcelona. Acantilado.