



LECCIÓN INAUGURAL DEL AÑO ACADÉMICO 2010

Dictada por
Doctor Rodolfo Luis Vigo

“Desafíos para la consolidación del estado de derecho”.

1. PROPOSITO:

Una metodología de análisis que nos parece apropiada y que han impulsado autores como Luigi Ferrajoli, es la de recurrir a distinguir tres grandes paradigmas en la historia jurídica y política de occidente: Estado de Derecho pre-moderno; Estado de Derecho legal y Estado de Derecho Constitucional. De algún modo, en ellos se formulan diferentes concepciones acerca del derecho, del Estado y del perfil del jurista funcional a los mismos, y ese carácter abarcativo habilita para que cualquier tema de teoría jurídica resulte útil contrastarlos en aquellas tres matrices. En el presente artículo nos proponemos básicamente analizar al Estado de Derecho Legal en contraposición al Estado de Derecho Constitucional, no con relación a algún tema particular sino subrayando las grandes diferencias entre esos modelos.

Recordemos que el Estado de Derecho Legal fue generado en la revolución francesa, pero desde ahí logra proyectarse al resto de Europa continental y también exportarse para las tierras latinoamericanas. Se trata de un modelo exitoso que impera casi pacíficamente desde comienzos del XIX hasta la segunda guerra mundial, pero que comienza su crisis y sustitución -especialmente en la práctica jurídica- después de los tribunales de Nuremberg. Insistamos que ese desmoronamiento en la segunda mitad del siglo XX se observa básicamente en el derecho que transita por los tribunales o bufetes de abogados, pero que sin embargo no termina de afectar significativamente los ámbitos académicos o universitarios dedicados a formar abogados o licenciados en derecho. Efectivamente, pocos cambios se advierten en la formación del grado en nuestras Facultades de Derecho las que siguen casi inalterablemente repitiendo los esquemas trazados por aquellas decimonónicas universidades francesas de inspiración napoleónica que fueron funcionales al Estado que se había creado bajo los influjos de la filosofía iluminista y liberal de los siglos XVII y XVIII. De todas maneras, el impacto del totalitarismo nazi y su desenlace, fue tan decisivo que la historia institucional de Europa marca una nueva etapa a partir de ese momento. Testimonios como los de Radbruch en Alemania sirven para mostrar

biográficamente todo lo que cambió después de la experiencia del “mal radical”; en los escritos radbruchianos posteriores a su retorno a Alemania caído el nazismo, pueden leerse las acusaciones al positivismo jurídico de haber insensibilizado la conciencia de los juristas y la necesidad de incluir en el análisis de validez jurídica la dimensión ética de manera que frente a la “injusticia extrema” ya no había derecho (“extremes Unrecht ist kein Recht”).

2. NOTAS DISTINTIVAS CARACTERISTICAS:

Pero vayamos al propósito del presente artículo indicando notas características del Estado de Derecho Legal (EDL) y los cambios que al respecto se introdujeron con la aparición del Estado de Derecho Constitucional (EDC):

2.1. Una antropología individualista y abstracta: Arthur Kaufmann ha insistido en una idea que se remonta al pensamiento clásico: “detrás de una teoría del derecho hay una idea del hombre que la explica”. Fácilmente esta tesis se puede comprobar en el EDL, pues en el art. II de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se definen “los derechos naturales e imprescriptibles del hombre...libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión”. La visión del hombre es la propia del individualismo en tanto se reivindica y potencia aquello que lo define que es su libertad, una libertad en abstracto que no se interesa por contextos o condicionamientos sociales y que ve como amenazas a la misma a todas las asociaciones intermedias que se interpongan entre el individuo y el Estado. Es ésa libertad la que guiará a feliz término la “mano invisible del mercado” y el Estado como guardián de aquella pero limitado a sus mínimas funciones. La razón ilustrada se desliga del ser y construye los objetos a conocer, y el camino para viabilizarla será la ciencia ocupada de “verdades claras y distintas” conforme el mandato cartesiano.

2.1. Una antropología social e histórica: el hombre contemporáneo apela a grupos sociales que aportan a su identidad y a su desarrollo integral. La economía del mercado libre muestra sus excesos frutos de un deseo de lucro ilimitado y justifica la intervención del Estado para rectificar abusos y redistribuir las riquezas. El hambre de los excluidos se visibiliza dramáticamente y necesariamente se incorpora a la agenda de la humanidad. A las necesidades humanas derivadas exclusivamente de la libertad, se les suman no sólo aquellas urgentes necesidades económicas y sociales sino también las que tienen que ver con reclamos de índole espiritual o cultural, cuyo objeto es cierta calidad de vida. La cuestión religiosa se incorpora a la agenda jurídica y política nacional e internacional, aunque su tratamiento oscila desde su rechazo o confinamiento al ámbito privado hasta la asunción fanática e invasivamente rectora de todas las dimensiones de la vida social. El hombre se torna un problema complejo y misterioso que reclama una atención contextualizada, comunitaria e integral, buenos ejemplos de esta perspectiva lo constituyen los deberes intergeneracionales o la degradación del medio ambiente.

2.2. Sociedades uniformes: la sociedad del EDL es la suma de los individuos y, por ende, el bienestar social coincidía con los bienes individuales gestados desde la libertad. Ella lucía

axiológicamente uniforme y desde esa moral en común, regían premios y castigos que alentaban o condenaban conductas o modelos para todos. El sello nacional y su respectiva cultura, lenguaje y símbolos resultaban indiscutibles y no se toleraban apartamientos o cuestionamientos algunos. La autoridad estatal legítima automáticamente a quien la ejerce y goza de un evidente prestigio social. Lo único que el ciudadano está obligado a hacer es lo que le manda la ley, y así la ética o moral queda confinada al ámbito de la autonomía y la unilateralidad.

2.2. Sociedades plurales: las sociedades del EDC lucen fragmentadas e irreconocibles en términos de las tradiciones nacionales. Importan los bienes comunes procurados entre los más próximos o semejantes, que no son los nacionales sino los que comparten nuestras tradiciones y valores. Hay conciencia de los bienes comunes en cuanto logrados y usufructuados por un “nosotros”, aunque ellos no sean los estrictamente políticos. El Estado no se corresponde con la organización política de su población, y ésta de manera fragmentada llega a estructurar regímenes regulatorios de conductas e instituciones y autoridades particularizados que no se corresponden con la propiamente estatal. Más aun, resulta visible una crisis profunda y extendida de toda autoridad. La moral social en cuanto débitos para con los otros que comparten nuestra cosmovisión, no sólo existe sino que llega a tener más eficacia que el derecho.

2.3. Sinonimia entre derecho y ley: por supuesto que el signo distintivo y revolucionario del derecho propio del EDL es aquel establecido en la ley, por ende, el derecho se configura raigalmente en un momento determinado de la historia y se promulga con el propósito de sepultar al anterior derecho y poder regir universalmente. Un derecho fruto de la razón ilustrada a la que el iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII había cultivado deductivamente y expandido en su contenido. No hay derecho antes ni superior al de la ley, por eso el profesor Bugnet podía orgullosamente afirmar en la Sorbona que no enseñaba derecho civil sino Código de Napoleón. La ley de la que centralmente se habla es de los Códigos, en cuanto ellos sistematizan a todo el derecho que regirá para una rama especial del mismo, y así asegurar su anhelada autonomía científica.

2.3. Ruptura de la identificación entre derecho y ley: un símbolo de los cambios que introducirá el EDC es la Ley Fundamental de Bonn del 49 cuando precisamente habla diferenciadamente del derecho y de la ley, por ende rompe así la decimonónica sinonimia y abre el significativo problema de la posible armonía o discordancia entre esas dos realidades. Precisamente la condena jurídica en Nuremberg se justificó en razón que los jefes nazis habían cumplido la ley pero violado el derecho, y de ese modo al que hace la ley o la cumple se le está exigiendo que confronte su contenido con el derecho dado que en caso de contradicción prevalecerá éste. Un ejemplo de esta tesis puede ser el fallo de la Corte Suprema en la causa “Priebke” cuando la mayoría decide ampliar los tipos penales en base al *ius cogens*, o sea un derecho de valor racional intrínseco pero que no estaba escrito ni publicado.

2.4. Definición del Estado desde la ley: uno de los modos exitosos de definir al EDL era precisamente a partir de la ley, en tanto el Poder Legislativo era el encargado de “hacerla”, el Poder Ejecutivo de “ejecutarla” sin alterar su espíritu y el Poder Judicial de “aplicarla”. Sin duda que en esa caracterización quedaba reconocida la prevalencia del Poder Legislativo en tanto los otros funcionaban de una manera subordinada o subsidiaria, y así el trabajo a cumplir por los dos otros poderes del Estado venía después de la ley pero respetándola y aportando a su eficacia.

2.4. Dispersión del Poder estatal: lo primero que corresponde destacar en estos tiempos del EDC es la quiebra del esquema originario de los tres poderes, pues por un lado en el XX al hilo del Estado de Bienestar, el Poder Administrador incrementa notablemente su tamaño y diversifica sus funciones en terrenos: financieros, impositivos, empresarios, aduaneros, etc. De ese modo comienzan a generarse órganos con importantes competencias que a veces se intentan explicar por la deficitaria vía negativa de identificarlos como “extra poder”, lo que permite mantener la ficción de los tres poderes. En una interpretación algo simplista y exagerada se ha sostenido que el siglo XIX fue el del legislativo, en el XX predominó el poder administrador y que en el XXI se avizora el predominio del judicial.

2.5. La ley como fruto de la voluntad general: en el EDL la voluntad general que había imaginado Rousseau se canalizaba a través del Poder Legislativo, y por ende, cabía confiar en la infalibilidad de la ley como en su justicia y previsión de las soluciones para todos los casos jurídicos que podían presentarse. Así el Código Civil francés no incluye mecanismos de integración dado que la posibilidad de lagunas era incompatible con la presunción de aquel legislador cuya voluntad era incapaz de equivocarse en algún sentido. La ley – precisa Rousseau en el “Contrato Social”- “es siempre justa, recta y promotora de la utilidad común” y “aquel que rehúse obedecer a la voluntad general será a ello obligado por todos; lo que no significa otra cosa que se le obligará a ser libre”.

2.5. El control jurisdiccional de la ley: el judicial *review* fue inventado en E.U. y es absolutamente inconcebible para el esquema de gobierno rousseauiano. Sin embargo Europa introduce los jueces constitucionales en la segunda mitad del siglo XX, no ya como meros legisladores negativos en base a la propuesta de Kelsen y que se implementara en Austria en la década del 20, sino como controladores formales y materiales de la ley desde la Constitución. El Poder Judicial pasa a ser el poder constituido que tiene la última y definitiva palabra en nombre del poder constituyente. Esta última instancia judicial sobre el derecho torna de hecho a los jueces infalibles, en tanto no existe posibilidad de revisión sobre las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley.

2.6. El derecho en las normas o reglas: la ley que contenía el derecho en el EDL era absolutamente clara para su comprensión y aplicación en tanto contenía normas, o sea era un juicio que definía un supuesto fáctico genérico al que se le atribuían ciertas consecuencias jurídicas para la hipótesis que ocurriera. Dicho de otra manera: las normas definen en abstracto cuales son las conductas jurídicas que estaban prohibidas, obligadas

o permitidas, por lo que luego cualquiera puede hacer el proceso de subsunción respecto a alguna conducta que sea instancia de aquellas. Las normas son -diría Alexy- mandatos definitivos en tanto precisan las conductas con las que se satisface exhaustivamente la exigencia de la misma, sin que haya ningún remanente; así las normas se aplican a todo o nada en tanto sólo cabe que se dé o no se dé un caso de los previstos en las mismas.

2.6. El derecho en los principios o valores: en buena medida es el derecho contenido en principios al que se apela para sancionar al que cumple una ley que los violenta, por eso se atribuye a Nuremberg el haberlos potenciado. Los principios de los que se habla en el EDC no son los mismos que los incluidos en los Códigos del EDL, en tanto a éstos se los puede invocar porque están implícitamente establecidos por el legislador, y su clarificación es por medio de un proceso de inducción o generalización creciente. Los principios del EDC -según Alexy- son contenido moral y forma jurídica, y ellos constituyen mandatos de optimización en cuanto reclaman la mejor conducta según las posibilidades fácticas y jurídicas implicadas. Recordemos que los derechos humanos pueden formularse a través de las modalidades propias de los principios, aunque es posible imaginarnos principios que no sean derechos humanos. En opinión de Zagrebelsky, la relación entre ley y Constitución equivale a la relación entre normas y principios, y éstos operan como derecho concentrado quedando en manos del jurista explicitar o determinar una respuesta desde los mismos para el caso que debe resolver o proponer una solución.

2.7. La teoría de las fuentes del derecho: la misma en el EDL podría caracterizarse con las siguientes notas: a) jerárquica: en cuanto la primera y decisiva era ley, y el resto se incluía por su relación con la misma; b) mínima: dado que se identificaban dos o hasta tres, a saber: la ley, la costumbre y la jurisprudencia; c) exhaustiva: pues la nómina es cerrada y no deja pie para ninguna otra fuente fuera de las expresamente contempladas; d) estatista: no hay derecho y por ende tampoco “fuentes” sin la intervención del Estado que tiene el poder exclusivo y excluyente para ello; y e) general: la visión racionalista, abstracta e igualitaria se conjugaba con un derecho que contemplaba casos genéricos, en los que luego correspondía subsumir los hechos individuales.

2.7. El “desbordamiento de las fuentes del derecho”: ésta fórmula es de Perez Luño para subrayar que si “un jurista decimonónico es transportado en el túnel del tiempo hasta el sistema de fuentes jurídicas actuales, forzosamente se sentiría confundido y desorientado”. Efectivamente se hace visible que el derecho se genera más allá de los Estados nacionales, pero se aplica adentro de los mismos. También se detecta que no es posible establecer una jerarquía detallada y firme de las fuentes, dado que ella varía en los casos a resolver. La sociedad, instituciones (por ej. colegios profesionales) o los grupos particulares (por ej. derecho indígena) dentro de la población de un estado sustraen competencia jurídica al Estado y les permite dictar o controlar la vigencia de una importante variedad de peculiares normas jurídicas. Aparecen nuevas y realistas teorías, como la de Aarnio, que en definitiva define las fuentes del derecho como los argumentos usados por los jueces para dictar sentencias válidas, lo que obliga a una mirada circunstanciada y judicial para conocer la nómina de las mismas.

2.8. La soberanía estatal: una pieza clave para el funcionamiento de los EDL es la de la soberanía de los Estados nacionales, por la cual para que rija en su territorio un determinado derecho se requiere de la aprobación de los mismos. En la visión de Bodino esa soberanía implicaba que no había ningún poder arriba del Estado o con capacidad de imponerle alguna norma jurídica al mismo. Eran funcionales a esa idea la visión por ejemplo kelseniana del derecho como coerción y como sinónimo de todo el ordenamiento jurídico estatal, con las definiciones de población como el ámbito de validez personal del mismo o la de territorio como su ámbito de validez espacial. Está claro que en el siglo XIX se consolidaron los Estados nacionales tanto en Europa como en América, y una herramienta imprescindible para ese proceso, fue la soberanía de los mismos, en tanto concentración de un poder sobre cualquier otro en su propio territorio.

2.8. La globalización: en la segunda mitad del siglo XX asistimos a un avasallante crecimiento del derecho internacional o comunitario, especialmente en el terreno de los derechos humanos. Así llegamos –como por ejemplo en Europa- a que la gran mayoría del derecho que aplica un juez nacional es derecho comunitario, o sea proveniente de órganos de la comunidad que rige en los respectivos Estados sin la autorización expresa de ninguno de sus órganos. También en América ya la última palabra del derecho nacional no la tiene la Corte Suprema del país, en tanto cabe la posibilidad de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos rectifique esa declaración jurisdiccional. Recordemos que el Pacto de San José de Costa Rica exige también apelar a la jurisprudencia de la Corte respectiva, y que se abren Tribunales supranacionales a la legitimación de ciudadanos que demandan a Estados. En materia de ciertos graves delitos cabe que un juez extranjero ejerza su jurisdicción respecto a nacionales de otro país en la medida que en éste no se lo ha sometido a juicio. Asimismo hoy es evidente que a los fines que el Estado pueda asumir con eficacia ciertas políticas, resulta imprescindible contar con el apoyo y la colaboración de la comunidad internacional.

2.9. La seguridad jurídica: en buena medida la Revolución francesa encarna el espíritu triunfante de la burguesía, y así resulta muy claro la relevancia que adquiere el valor jurídico decisivo y excluyente de la seguridad jurídica, precisamente mencionada entre los cuatro derechos incluidos en la Declaración de los Derechos de 1789. Más aún, el derecho tiene por misión central el posibilitar esa previsibilidad que se expresa simbólicamente con el apotegma: “*dura lex, sed lex*”, y a esos fines, resultaba decisivo la previsión de un mecanismo oficial para la publicación de la ley y la correspondiente presunción *jure et jure* de su conocimiento, que habilita la improcedencia de cualquier invocación de ignorancia de la ley una vez publicada en el Boletín Oficial.

2.9. La equidad: en el EDC no se trata de ignorar la seguridad sino de conferirle un lugar subsidiario o adjetivo en el derecho, en tanto lo decisivo es que éste determine y procure lo justo, pero fundamentalmente que no transija con una injusticia extrema, evidente o inequívoca. De ese modo el gran esfuerzo de los juristas se orienta a la equidad, o sea a la justicia del caso, que como enseñaba Aristóteles es la mejor o más perfecto modo de la

justicia. Desde ese propósito está claro la relevancia del caso al que se le brindará la respuesta jurídica y también la actitud decisiva que adquiere un análisis apropiado de las consecuencias de esa resolución particular, y un buen ejemplo de ésta preocupación lo constituye el art.43 del Estatuto del Juez Iberoamericano -aprobado por la Cumbre Judicial Iberoamericana- que lleva por título Principio de Equidad y que indica a los jueces que al fallar deben hacerlo con “equidad” y “procurarán atemperar las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables”.

2.10. El sistema jurídico: el paradigma científico del XIX conlleva la exigencia decisiva del sistema, y así Savigni en su obra fundadora de la “ciencia jurídica moderna” se propone un derecho reconstruido conforme a esa matriz sistémica, y por eso el título de la misma: “Sistema de Derecho romano actual”. Sin duda que Kelsen garantizará ese objetivo con su famosa pirámide abarcativa de todas las normas jurídicas que componen el sistema jurídico, pues éste satisface plenamente las exigencias más fuertes al respecto: a) unidad, ella se logra por medio de la primera constitución, en tanto formarán parte del sistema todas las que de ese punto deriven; b) jerarquía: la generalidad permite la diferenciación de las normas de manera que en la base están las normas individuales y en la cúspide la más general de todas; c) completitud: ésta se posibilita por medio de la norma de clausura que consagra como permitido todo lo que no está prohibido; y d) coherencia: al margen de si Kelsen la postuló, nos parece evidente que el sistema del EDL se difundió con la enseñanza para el jurista que si detectaba alguna incoherencia, debía despejarla recurriendo a los criterios de jerarquía, temporalidad o especialidad.

2.11. La crisis del sistema jurídico: no sólo las crisis de las soberanías nacionales conspirarán contra los sistemas jurídicos “fuertes”, sino también la admisión de los principios jurídicos diferenciados “cualitativamente” con las normas (como en Alexy o Dworkin). Es que éstos principios sin test de origen o pedigrí que operan como límite moral en la creación del derecho, requieren que el jurista se limite a reconocerlos y operarlos, pero respecto de ellos no es posible fijar jerarquías a priori ni tampoco excluir del derecho vigente a aquél principio que no se eligió cuando se detectó su tensión con otro en un cierto caso. Las propuestas superadoras del sistema “fuerte” van desde la tópica extrema auspiciadas en la década del 50 por autores como Wiehweg que reinvidican el caso que en perspectiva sistémica queda fagocitado por éste, hasta propuestas como la de Canaris que no renuncian al sistema pero lo modelan con un carácter abierto, dinámico y principialista.

2.12. Los Derechos humanos: en el marco del EDL cuando se hablan de derecho humanos se los entiende como resultado de una concesión del Estado y, sobre todo, como una autorrestricción del mismo en orden a asegurar la libertad “dejando pasar, dejando hacer”. Ellos eran derechos subjetivos públicos y su objeto es garantizar que el Estado no se entrometa con la libertad individual abusando así de su poder, y esa libertad remitía a una igualdad intrínseca entre todos los seres humanos. Estrictamente hablando, los derechos humanos carecían de eficacia jurídica jurisdiccional y, para ello, se requería de una ley que la habilitara. Ni el juez ni el administrador podían sacar respuestas jurídicas directamente de los derechos humanos, y mucho menos cabían reclamos en base a los

mismos ante tribunales supranacionales. Recordemos que Kelsen no tenía simpatía por esas Constituciones que consagraban derechos humanos, no sólo por razones epistemológicas, sino en razón de que se generaba el riesgo de potenciar o tornar sin control a los jueces constitucionales.

2.12. La eficacia de los derechos humanos: la gran misión de los jueces constitucionales y supranacionales que se implementarán en sintonía con el EDC, es que prevalezcan los derechos humanos o se “los tomen en serio” (Dworkin). No sólo hemos visto crecer las diferentes generaciones de derechos humanos, sino que ellos son visualizados como “principios”, mandatos de optimización o derecho concentrado que requiere de los juristas les extraigan las respuestas jurídicas apropiadas en función de los diferentes casos. La llamada constitucionalización del derecho, equivale a su “humanización” en el sentido que el derecho llegar a ser caracterizado como un esfuerzo institucional para hacer triunfar los derechos humanos, no sólo en relación al Estado, sino en relación a cualquier otro poder y al resto de los ciudadanos. Los derechos humanos se reconocen y no se crean, pero además son universales e inalienables. Denuncia Ferrajoli que el último obstáculo para que ellos triunfen es la ciudadanía, en tanto ésta determina que no operan igual los derechos humanos según el pasaporte del que los invoca.

2.13. Democracia procedimental: es Ferrajoli el que vincula al EDL con la democracia procedimental en razón de que a ella se confía sin restricción ninguna, la totalidad de las cuestiones de interés para la vida social y jurídica. La mayoría es la matriz raigal e ilimitada de las normas jurídicas, por ende, éstas cuentan con la posibilidad de imponerse a las minorías. Más allá que la democracia decimonónica estuvo ligada a la condición de propietario, lo relevante es su reducción a un juego meramente cuantitativo con la alternativa que el número o la cantidad determine qué es la justicia o cuales son y para quienes los derechos humanos. Por supuesto que la tesis rousseauiana de la voluntad general es la nutriente principal de esa perspectiva, aunque abona en su favor toda la confianza absoluta en la razón que pregonaba el iluminismo y la ilustración.

2.13. Democracia sustancial: precisamente Ferrajoli conecta ésta democracia al EDC dado que en ella hay cuestiones que ya están decididas y, por ende, se constituyen en lo “no decidible” para la mayoría o la unanimidad. Es interesante traer a colación la consideración que hace Nino en relación a que sólo desde posiciones más o menos objetivistas y cognitivistas es posible postular una confianza coherente en la democracia, en tanto que desde perspectivas escépticas o subjetivistas la asunción de la democracia queda atada al cambio de opinión; pues si la democracia vale porque yo digo que vale, deja de valer cuando así lo afirmo. Los derechos humanos hoy se constituyen en ese “coto vedado” (Garzón Valdés) o lo “no decidible” para la democracia en tanto si la decisión vulnera grave y evidentemente a los mismos, se incurrirá en “injusticia extrema” y, por ende, lo creado jurídicamente carecerá de validez y generará responsabilidad jurídica.

2.14. La Constitución como programa político: las Constituciones funcionales al EDL eran aquellas entendidas como meros programas políticos dirigidos al Poder Legislativo, que

era el que tenía la responsabilidad política de traducirlos en derecho por medio de normas jurídicas, según sus libérrimos e incontrolables criterios de oportunidad y conveniencia. De ahí que lo importante de una Constitución residía en su parte orgánica encargada de distribuir y organizar el poder del Estado, y consecuentemente, ello se proyectaba en la escasa atención que la doctrina constitucional más difundida le prestó a la parte dogmática. Insistamos que el mismo Kelsen no era partidario de incluir en las Constituciones declaraciones de contenido axiológico o principialista, y el control constitucional que auspiciaba era de corte formal o procedimental al modo de un “legislador negativo” .

2.15. La Constitución como fuente del derecho: suficientemente sabido es que Marshall en “Marbury vrs. Madison” establece el judicial review que implicaba reconocer plenamente la prevalencia de la Constitución sobre la ley, y se encomendaba esa función a los jueces. Para la asunción por Europa del EDC resulta decisivo identificar a la Constitución como una fuente del derecho, más aún, el *higher law*, por lo que se imponía el contraste entre el derecho infraconstitucional con el constitucional y la superioridad jurídica de éste decidida por jueces. Los juristas del EDC deben frente a cualquier caso ver si habla la Constitución al respecto, y constatarán que siempre habla, aunque a veces lo hace de manera negativa, estableciendo los márgenes para que los órganos competentes vayan haciendo las opciones correspondientes y creando las normas jurídicas. Nada del derecho vigente queda al margen de la Constitución, especialmente de sus valores y principios, y así todo el derecho se “impregna” de ellos o se constitucionaliza.

2.15. La relevancia del derecho civil: el derecho propio del EDL tiene el sesgo privatista y patrimonialista que fue característico de la revolución francesa, y de ahí la relevancia configuradora que cumplía el Libro Primero del Código Civil; pues en éste se definía el poder de los jueces y la teoría interpretativa auspiciada con sus respectivas fuentes del derecho, e incluso se contemplaba el modo de la publicación de la ley y el comienzo de su obligatoriedad. La ley y el contrato son las matrices de los derechos y deberes de todos los ciudadanos, aquella en general y éste en particular aunque valiendo como la ley. Seguramente se coincidirá en que en la perspectiva de los juristas del EDL el derecho civil o el privado en general, se visualizan como el sector o rama del derecho más relevante e importante.

2.15. La publicización del derecho: en el siglo XIX -movilizado por el liberalismo- el rol del Estado y su presencia eran demonizados y desantelados, pero ello será revertido con el Estado de Bienestar y, consiguientemente, crece su intervención y la producción de reglas posibilitándola. La constitucionalización implica la publicización, pero también esto se refleja con el peso que alcanzarán los derechos: administrativo, laboral, tributario, ambiental, del consumidor, internacional, procesal, etc. Los derechos humanos de segunda y tercera generación implican el compromiso y la adopción por parte del poder público de decisiones y actividades sin las cuales resulta imposible su satisfacción, incluso ahí está implícito el riesgo de tener que asumir la responsabilidad el Estado ante tribunales internacionales por la falta de eficacia de los tratados firmados.

2.16. Currícula de la licenciatura del derecho: el método diseñado por el Estado y sus Facultades para formar al jurista del EDL se ceñía básicamente a los Códigos y sus respectivos libros. Las ramas claramente están identificadas por los Códigos, los que pretendían contener sistemáticamente la totalidad del derecho de cada una de ellas, lo cual a su vez, garantizaba su autonomía científica. Las asignaturas que carecían de esa carta de legitimidad académica que eran los códigos, quedaban confinadas a un lugar de menor valor, y su inserción en el plan del grado era remitida a decisiones absolutamente discrecionales, en tanto se suponía que ellas podían llegar a complementar la formación del abogado, pero no constituían un material claramente imprescindible a esos fines. El plan de estudios de abogado y sus contenidos respectivos, se establecía con la correspondiente pretensión de permanencia y universalidad, y así sus cambios resultaban teórica y prácticamente muy dificultosos.

2.16. Los posgrados de derecho: Para conocer al derecho vivo tal cual se vive en tribunales y en los estudios de abogados, están los cursos y carreras de posgrados. Pues aquí se estudian las nuevas ramas o problemáticas jurídicas, como por ejemplo: medio ambiente, interpretación, argumentación, consumidores, derechos humanos, informática, y por eso el contraste del paradigma que nutre al grado respecto al posgrado. Seguramente quien se queda con la formación proporcionada por el grado correrá el riesgo de no comprender al derecho actual y su operatividad, y es probable que su normativismo, formalismo, juridicismo, enciclopedismo, legalismo y textualismo, pongan una mirada incomprensible sobre el derecho cargado de principios, de preocupación por lo sustancial, abierto a las distintas dimensiones de la vida social, centrado en los problemas y consciente de la pluralidad de soluciones jurídicas a los mismos.

2.17. El saber jurídico como científico: Aquel jurista que pretendía conocer el derecho debía transitar el camino no ético de la ciencia, era ésta y sólo ésta la que garantizaba ese dominio gnoseológico jurídico. El camino de Comte al Círculo de Viena marca el predominio y exclusividad de la ciencia, como el consiguiente rechazo especialmente de la Filosofía ocupada por objetos y problemas fuera del mundo de los sentidos y alejada de toda preocupación por el rigor de la lógica o las matemáticas. El modelo científico que regula a los juristas es predominantemente el físico-matemático, y para ello cuentan con el derecho positivo normativo al que intentan describir sistemáticamente y dogmáticamente, siendo fieles a la voluntad del que lo creó. El prólogo de la Teoría Pura del derecho declarando la búsqueda de una “ciencia objetiva y exacta” que deje de lado las discusiones axiológicas, señala indubitablemente al paradigma epistemológico del EDL.

2.17. La pluralidad de los saberes jurídicos: La realidad del derecho del EDC impone necesariamente no sólo una superación del reductivismo científico en tanto la presencia de la moral en el derecho a través de principios, valores, o derechos humanos, sino también el esfuerzo científico pretende nutrirse de crítica y valoraciones idóneas como para auspiciar interpretaciones de lege ferenda (Nino). También se asume que para la solución de los problemas jurídicos se requiere de la capacidad de encontrar

racionalmente las mejores respuestas a los mismos, y luego intentar persuadir a los destinatarios. La filosofía del derecho especialmente adquiere un protagonismo notable como lo revelan las teorías de Dworkin, Alexy, Ferrajoli o Zagrebelsky, entre otros. Estos tiempos de rehabilitación de la razón práctica a partir del 70 especialmente, favorecen al jurista preocupado por el “mejor” derecho, más allá de que a esos fines se inspire en Kant o en Aristóteles, pero de todas maneras su compromiso cognitivo incluirá valoraciones, diálogo y respuestas con excepciones a tenor de los casos.

2.18. Una metodología de la enseñanza del derecho dogmática: el modo de formar a un jurista conforme al paradigma de nuestras Facultades de Derecho funcionales al EDL es básicamente el de memorizar la ley y repetirla en los exámenes, de manera que se desalienta: la capacidad crítica y operativa del alumno. No resulta relevante la pregunta por el sustantivo: derecho, sino se alienta en el alumno el interés por las ramas o adjetivos del derecho (civil, penal, laboral, etc.). Se promueve la visión sistémica del derecho contenido sólo en normas legales. Por supuesto que esa metodología es coherente con la presunción de las bondades de la ley y el perfil pretendido de jurista, pero es una capacitación generalista, juridicista, meramente teórica y profundamente irreal. La memoria es la facultad más apreciada en el grado y la que permite obtener las mejores calificaciones en ese camino de la formación del abogado, y además hay un fuerte y permanente impulso para que se convierta en un especialista de algunas de las ramas del derecho.

2.18. Una metodología de la enseñanza del derecho crítica: el jurista requerido por el EDC debe contar con un fino oído como para escuchar la música que tocan los principios, valores y derechos humanos, especialmente contenidos en la Constitución y el derecho supranacional. La formación promueve la capacidad creativa o resolutoria de problemas, y por ende debe estar muy abierta al derecho jurisprudencial que sigue a la ley. El saber en el plano prudencial o determinativo del derecho respecto a los casos concretos y contingentes adquiere un enorme importancia, por eso la problemática de la interpretación o argumentación se convierte en transversal a la formación de un jurista. Ese saber jurídico se nutre metodológicamente del diálogo y la controversia, y por ende no resulta adecuado plantear un camino solipsista o meramente contemplativo, pues el derecho es un “concepto interpretativo” -como diría Dworkin-.

2.19. La interpretación como “desentrañamiento”: una de las definiciones de la interpretación jurídica más repetida y sólidamente aprendida por los licenciados en derecho del EDL es que ella consiste en “desentrañar el sentido de la ley”, de ese modo, lo que se dice es que el intérprete debe descubrir “una” respuesta que está oculta en la ley y así agotar o cumplir su tarea. Recordemos que esa enseñanza era complementada y reforzada con tesis como la que diferenciaba tajantemente entre la interpretación o aplicación del derecho propia del juez, y la “creación” del mismo por el legislador; o también la amenaza contenida en el Código Penal del delito de prevaricato a los que no se sujetaban a esa función. Aquí resulta procedente invocar el modelo montesquieuano

de juez como ser inanimado y boca de la ley, y también la no inclusión de la jurisprudencia dentro de las fuentes del derecho.

2.19. La argumentación jurídica y el precedente: quizás algo exageradamente puede sostenerse que el nuevo nombre en el EDC de la interpretación es el de la argumentación, en tanto aquella y ésta apuntan a la tarea más propia del jurista que es encontrar y decir la respuesta jurídica que corresponde a cada caso. Pero claro está que mientras la interpretación era una tarea mecánica y de subsunción, la argumentación supone elegir de entre las respuestas disponibles en el derecho vigente para el caso en cuestión, y brindar los argumentos justificatorios de esa elección que permiten postularla como la que corresponde triunfar en la contienda. Más allá que en la jurisprudencia se crea una norma individual para el caso resuelto por la misma, lo más importante para el derecho y los juristas es el precedente que posibilita aquella, pero que al mismo tiempo se constituye en una eventual solución para los otros casos análogos futuros.

2.20. Los métodos interpretativos: son éstos los caminos que conducen y aseguran el alcanzar el “sentido” de la ley, por lo que luego sólo resta construir el silogismo deductivo empleándolo como su premisa mayor. La escuela exegética básicamente pregonó dos métodos: el gramatical (por medio del diccionario se obtenía el significado de las palabras de la ley) y el lógico (apelaba al “logos” del legislador para esclarecer lo que quiso decir, y a tales fines resultaban procedentes: los debates parlamentarios, las notas a pie de página, etc). Savigni luego de definir la interpretación como “la reconstrucción del pensamiento del legislador ínsito en la ley”, reitera los dos métodos exegéticos y le suma: el sistemático (identificaba el lugar de la ley bajo interpretación en el sistema jurídico) y el histórico (comparaba la nueva ley con la anterior).

2.21. La nómina de los argumentos: conforme a lo señalado en el punto inmediato anterior el eje de atención se traslada a los argumentos, en donde es posible encontrar a los viejos métodos pero convertidos en argumentos con idoneidad para justificar lo que se afirma o sostiene. Así Tarello enseñará trece argumentos y Perelman quince, pero ninguna de esas nóminas pretende agotar el número posible de argumentos, entre otros motivos porque más allá de coincidencias entre los diferentes ordenamientos jurídicos, caben particularidades entre ellos. Nosotros mismos hemos trabajado hasta veintiocho argumentos que pueden ser localizados en diferentes sentencias. En definitiva lo decisivo es analizar a qué argumentos o justificativos apelan los juristas –especialmente los jueces– para fundar o sostener sus afirmaciones contenidas en el respectivo discurso argumentativo.

2.22. Lógica formal: el trabajo judicial específico en el EDL transitaba a través de silogismos deductivos y, por ende, bastaba conocer las reglas que a éstos regulaban. El caso individual era una instancia del caso genérico contemplado en la ley, y así ese proceso deductivo podía cumplirse con las exigencias propias de los saberes teóricos (prescindía de valoraciones, proporcionaba una certeza sin excepciones, etc). Es cierto que en Kelsen esa racionalidad formal de la exégesis francesa se convierte en irracionalismo o

voluntarismo, en tanto el juez elige según sus valores que no son racionales (“la justicia es un ideal irracional”: dirá Kelsen), pero de todas maneras el científico jurídico puede indicar las opciones que le deja la norma superior, aunque cabe que el creador de la norma finalmente se extralimite.

2.23. Retórica: en el EDC no se auspicia olvidarse de la lógica formal ni tampoco del silogismo deductivo, pero éste es asumido dentro del saber práctico y, por ende, aparecen opciones racionales axiológicas y una preocupación para no perder de vista las particularidades del caso a resolver. Al margen de la lógica formal también se recurre a la lógica no formal, lógica material, paralógica (Kalinowski) o retórica (Perelman), o sea a esa ciencia y arte cuyo objeto era la persuasión apropiada cuando el terreno no era el de las verdades apodícticas y necesarias sino las probables o verosímiles. Conforme a esa tesis de la pluralidad de respuestas disponibles en el derecho vigente para los diferentes casos, resulta de enorme importancia contar con el conocimiento de esos medios persuasivos. En el paradigma del EDL resulta coherente el descarte de la retórica en base a la epistemología imperante y porque se confiaba en la infalibilidad y claridad del legislador.

2.24. Para ser juez idoneidad científica: en el EDL coherentemente, lo único que correspondía exigir para quien pretendía ser juez, era que supiera del mejor modo a la ley, y todo lo demás se daría fácilmente por añadidura. Es que si la ley era clara, justa y sin lagunas lo único que restaba para su aplicación era la subsunción del caso que se presente. El riesgo residía en jueces que no conocieran la ley dado que ahí quedaba comprometida la seguridad jurídica, pero si el juez dominaba al derecho contenido en la ley se garantizaba la ejecución o eficacia de la misma con todos los beneficios consiguientes. En las Constituciones que regulaban los requisitos para ser juez el único normalmente contemplado era el de ser abogado y con algunos años de ejercicio, incluso es valorado positivamente cuando el candidato es un académico solvente.

2.25. Diversidad de idoneidades judiciales: también coherentemente con todo lo ya señalado, se comprende que en el EDC las idoneidades que se han ido modelando para los jueces son variadas, así por ejemplo: psicológica, gerencial, aplicativa o prudencial y ética. En cuanto a la psicológica porque lejos del modelo decimonónico el juez contemporáneo está sometido a un nivel de presiones, exigencias y complicaciones que requiere equilibrio y fortaleza. La gerencial porque el juez de algún modo administra un grupo humano, tiempo, recursos, etc. La aplicativa o prudencial se justifica porque un juez no es un académico y, por ende, aunque sepa mucho derecho ello no garantiza que lo sepa decir apropiadamente en cada caso. Y la idoneidad ética se apoya en que el juez debe elegir entre las diferentes respuestas que le brinda el derecho vigente, y es importante confiar ese poder en alguien que lo hará con la mayor honestidad, imparcialidad y responsabilidad.

2.26. El “insularismo” jurídico: Así lo llamó Nino a ese rasgo que pretendía que el jurista comprendiera y operara el derecho sin consideraciones de índole moral, política, económica, etc. El derecho del EDL se postulaba como una especie de isla en la que sólo

había normas jurídicas y a la que le estaba permitido ingresar sólo a juristas. Una de las distinciones exitosas defendidas por ese juridicismo fue con la moral, en tanto se definía a ésta como autónoma, unilateral e incoercible, mientras que el derecho era heterónimo, bilateral y coercible. El formalismo, la confianza en el legislador y la pretensión de universalidad que abonaban al derecho y al saber jurídico decimonónico eran absolutamente funcionales para este autismo jurídico. Kelsen con su teoría pura del derecho no hizo más que reforzar esa visión, más allá de las diferencias que tuvo con la teoría decimonónica.

2.27. Las impurezas en el derecho: hoy parece demasiado evidente la necesidad que el jurista y el derecho no pierdan de vista las otras dimensiones de esa particular e histórica sociedad, incluso esos puentes llegan en algunos casos a diluir o absorber al derecho, como ocurre en las teorías del análisis económico del derecho, teorías sociologistas o sicologistas. Más allá de éstos excesos, queda claro que el derecho para poder cumplir con eficacia sus finalidades debe necesariamente abrirse a la sociedad y a sus diversas dimensiones en la que pretende regir. La justicia, la igualdad o la libertad no son meras exigencias formales, sino básicamente contenidos o requerimientos concretos, y así la identificación eficaz de ellos remite a un espacio y un tiempo.

2.28. Una concepción “mágica” del lenguaje: El funcionamiento del derecho en sus diferentes terrenos era facilitado por una visión del lenguaje ingenua o “mágica”(Carnap) sin demasiadas complicaciones en su uso y capacidad comunicativa, e incluso se alentaba un lenguaje científico jurídico que reforzaba su identidad y autonomía epistemológica. Específicamente, el importante método interpretativo gramatical, era posibilitado por la confianza en que cada palabra y oración podían proveer de un único significado que era precisamente el buscado por legislador, y así quedaban marginadas cualquier dificultad semántica, sintáctica o pragmática.

2.29. Las complejidades del lenguaje: En el siglo XX asistimos en la filosofía al llamado “giro lingüístico”, y ello obviamente impactará en el derecho. Frente al lenguaje científico jurídico, se privilegiará el recurso al lenguaje corriente atento a que los destinatarios del derecho son los ciudadanos no profesionales, e incluso se promoverá evitar el uso innecesario de términos intimidatorios. Pero por otro lado, el lenguaje jurídico será objeto de estudios específicos en orden al tratamiento de sus diferentes problemas semánticos, sintácticos y pragmáticos. La racionalidad del legislador queda comprometida en la racionalidad lingüística, y por ende, corresponde una atención especial su uso.

2.30. La irrelevancia de los hechos: En el EDL los hechos que interesaban al jurista eran los definidos por el legislador y su conocimiento no era visualizado con dificultades, prueba de ello puede ser la inexistencia de materias relativas a saberes no jurídicos idóneos para conocer los hechos implicados en un litigio. La visión normativista del derecho se refleja en aquella pretensión contemplada en los sistemas procesales de la rigurosa distinción entre la *questio facti* y la *questio iuri*, y la posibilidad de implementar recursos procesales centrados sólo en las cuestiones de derecho. Por otro lado, la preocupación judicial por el

mundo de los peritos era distante, y finalmente los informes de éstos contaban con una decisividad fruto muchas veces de una ignorancia total por parte del juez sobre sus respectivas eficacias probatorias.

2.31. La relevancia de los hechos: en el EDC hay una conciencia más generalizada de que finalmente cada caso tiene dificultades propias, y que por ello termina exigiendo una atención mucho mayor que el mero conocimiento de las hipótesis fácticas contempladas en la ley. Expresión doctrinaria de esa preocupación puede ser Michele Taruffo con su tesis que la verdad en el conocimiento de los hechos es condición de la justicia, y que, por ende, el proceso no está para ejecutar la ley ni para la paz. Es que lo primero y decisivo es que se conozca los hechos del proceso con verdad (en términos de correspondencia), de lo contrario si hay error en ello el esfuerzo por justicia quedará abortado. Aquella perspectiva pone en crisis la teoría que distingue entre la verdad procesal y la verdad real, o la arraigada enseñanza que lo que no está en el expediente no está en el mundo. Asimismo la preocupación por la verdad real conlleva al compromiso judicial para asumir un rol más activo en su búsqueda, superando el perfil de mero arbitro en el litigio, y ejerciendo las facultades que al respecto le brindan los códigos procesales.

2.32. Un sistema de justicia formalista y rígido: el derecho procesal típico del EDL estaba basado en un actor individualizado que va ante un juez a los fines que le reconozca y haga valer un cierto derecho subjetivo que le ha sido negado por otro. El trípode clásico se configura con un actor con su derecho frente a un demandado resistiendo y un juez que define el litigio con imparcialidad y aplicando la ley. No hay acción sin interés y éste es su medida, y así la sentencia se proyecta jurídicamente sólo sobre las partes y a los jueces no le cabe decidir casos en abstracto. Por supuesto que esa visión individualista y privatista del proceso incluye una actitud pasiva del Estado en orden a “aliviar la pobreza legal” (Mauro Cappelletti) de muchos ciudadanos incapacitados de hecho de hacer valer sus derechos explícitos y directos, como los implícitos e indirectos.

2.33. La tutela judicial efectiva: en el EDC no sólo importa reconocer derechos sino preocuparse para que se tornen operativos, y aquí el acceso a la justicia es una pieza decisiva. En este punto Cappelletti señala desde 1965 tres olas de reformas: “la primera ola de este nuevo movimiento, fue el asesoramiento legal; la segunda trató de las reformas cuyo objeto era dar representación legal a los intereses difusos, especialmente en los ámbitos de protección al consumidor y protección ambiental, y la tercer y más reciente es la que proponemos denominar simplemente enfoque del acceso a la justicia, puesto que incluye los enfoques anteriores y va mucho más allá, representando así un intento de atacar las barreras al acceso en una forma más articulada y completa” (“El acceso a la justicia” Mauro Cappelletti y Bryant Garth, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p.24)

2.34. La responsabilidad civil: el Código Civil francés de 1804 consagró los lineamientos centrales de la responsabilidad civil que funcionará en Europa y en Latinoamérica, y ella quedará atada inescindiblemente a la culpa de aquel que actúa antijurídicamente y que al

hacerlo causa un daño. En esa matriz individualista y patrimonialista la perspectiva era la del autor y su culpa, e incluía distinciones rígidas entre responsabilidad contractual y extracontractual, patrimonial y moral. Por supuesto que en la perspectiva del mercado y la competencia, la responsabilidad era un riesgo que no correspondía alentar o expandir bajo la invocación de valores no reconocidos por la ley.

2.35. El derecho de daños: sobre la vieja responsabilidad civil hoy comprobamos la expansión de esta pujante e invasiva rama que ha dejado de lado o debilitado no sólo a la culpa, sino también a una serie de tesis centrales consagradas en el XIX. En esa expansión ha sido decisiva el aporte de la jurisprudencia y también la presencia de la fuerza de la Constitución (en “Aquino” la Corte argentina invoca el art. 19 como principio que obliga a no dañar a terceros). La perspectiva del daño cambia y lo prevalente es la víctima, de donde se infiere el deber de reparar todo daño injustamente sufrido (Lopez Olaciregui) o injustamente producido (Atilio Alterini). Entre las notas prevalentes de ese nuevo derecho de daños Atilio Alterini (“Rumbos actuales del derecho de daños”, Diario La Ley, 1-X-2008) destaca entre otras: la “centralidad de la persona” y el respeto a todos los derechos que le son inherentes; y la preocupación por adoptar medidas vinculadas a la prevención y precaución de los daños

2.36. Un derecho penal inquisitivo: un derecho penal que remitía a la peligrosidad y en el proceso penal, más allá de las posibilidades que se abren al acusatorio en segunda instancia, el sistema típico del EDL incluía una etapa investigativa a cargo de un juez con amplios poderes, y un marco procesal predominantemente secreto, formal, escrito y de escasa intermediación. La decisión sobre la responsabilidad penal se confiaba exclusivamente en el juicio técnico riguroso de un juez profesional que domina la ciencia penal. En orden a la instancia recursiva, ella se cubría de diversas maneras, y regía el sistema de casación que se apoyaba en la distinción entre cuestiones de hecho y derecho, en base a ello la revisión se limitaba a éstas últimas con la finalidad de garantizar la uniformidad interpretativa.

2.37. Un derecho acusatorio: el sistema procesal penal es una de aquellas áreas que más significativamente fue impactado por la constitucionalización e internacionalización del derecho. Así se despojó al mismo de cualquier atisbo de lo que pudiera ser una presencia judicial inquisitiva, y se nutrió al mismo de una celosa publicidad, intermediación y exigencia de alguien que acusa aportando sus pruebas frente a un juez imparcial que decide integralmente sobre la responsabilidad penal. La oralidad se constituye en una tesis absolutamente indiscutida y el dictamen final de la responsabilidad se abre a la presencia de voces no técnicas como el jurado o el scabinado. También está presente un respeto a rajatabla de la doble instancia estricta y por la actuación de jueces que limitan su actuación a decisiones determinadas que automáticamente los inhiben de seguir actuando. Por otro lado la casación se amplía también a las cuestiones fácticas (Casals) desde la convicción que es imposible una distinción terminante con las cuestiones jurídicas.

2.38. Un derecho administrativo limitado: la posibilidad de demandar al Estado en el EDL estaba fuertemente restringida en tanto se admitía que su proceder era presuntivamente ajustado a derecho, pero además se establecían vías estrechas y formales para quien lo intentaba, de manera que resultaba excepcional la condena al Estado y para limitados supuestos mucho más restringidos en comparación con aquellos previstos para personas privadas. La jurisdicción se confiaba a órganos pertenecientes al mismo Poder Ejecutivo, o eventualmente a las cabezas de los Poderes Judiciales, y el control que se ejercía era más bien de legalidad y no de constitucionalidad.

2.39. Un derecho administrativo amplio: paulatinamente en el ámbito del EDC se fue asimilando al Estado con cualquier otra persona jurídica, de manera que se fueron ampliando los supuestos de responsabilidad, superando los recursos estrictos por los que correspondía demandar, y las razones jurídicas a las que podía invocarse procedían no sólo de la ley sino del derecho constitucional y el de los derechos humanos. Asimismo se constituyeron jueces ordinarios con competencia específica en lo contencioso-administrativo, que en última instancia juzgaban el comportamiento del Estado sin presunciones desequilibrantes a su favor, en definitiva lo importante es que si alguien padece un daño injustamente a consecuencia de la actuación lícita o ilícita del de aquél sea reparado.

2.40. Un derecho laboral privado: el derecho laboral típico del EDL carecía de especificidad y se le aplicaban las normas del derecho privado, pues en buena medida la prestación del trabajo a favor de un tercero quedaba asimilado a figuras contractuales del derecho civil como la locación de servicios. Desde esa perspectiva no había un derecho de fondo laboral ni tampoco un derecho procesal específico, sino que eran los jueces civiles que atendían los conflictos laborales. En sintonía con el individualismo auspiciado por el modelo, la presencia de sindicatos y la posibilidad de generar derechos y deberes como fruto de los acuerdos con las empresas, era desconocida o resistida.

2.41. Un derecho laboral específico: el siglo XX fue reconociendo, incluso con status constitucional- de entre los derechos humanos aquellos llamados derechos sociales, y jugaron en ese terreno un papel muy importante los que remitían a los trabajadores. El derecho laboral se ha ido constituyendo en una disciplina peculiar que transita por el derecho de fondo y por el procesal, incluso se propone la conexión íntima con la seguridad social, pero además se encomiendan a un fuero judicial específico la resolución de los conflictos y demandas respectivas, y se insiste en dar por superada la incorporación del derecho laboral dentro de las ramas del derecho privado. Pero además del derecho laboral individual crece en importancia la presencia del derecho laboral colectivo, con el impacto que éste produce en el campo de las fuentes del derecho.

2.42. Una teoría positivista: cada Estado de Derecho requiere de una teoría o filosofía que le sirva de respaldo teórico y orientación práctica, y para el EDL era claro que ella era una teoría iuspositivista en tanto afirmaba centralmente que no había más derecho que el puesto como tal, y por ende no existía nada parecido a un derecho pre o supra-positivo.

Así en la definición del derecho no se incluían elementos morales, por ende en el concepto del derecho sólo había elementos vinculados con lo institucional o sistémico (Kelsen) o la vigencia o eficacia social (Ross). Conforme a la epistemología que negaba el saber práctico no hay espacio para que en el saber jurídico se reconozca la posibilidad de valorar o prescribir, y éstas tareas quedaban confinadas a la irracionalidad o al voluntarismo emotivista.

2.43. Una teoría no positivista: el EDC requerirá una teoría no positivista, dado que entre otras cuestiones deberá hacerse cargo del contenido y límites morales que se reconocen al derecho. Junto al derecho puesto hay una juridicidad que sólo cabe reconocer por el que crea derecho, dado que ella es “indisponible”, y su contradicción clara y grave terminará abortando su esfuerzo creativo. En buena medida esa juridicidad indisponible se identifica con los derechos humanos, valores o principios, y en una terminología antigua con el “derecho natural”. Pero estas reminiscencias iusnaturalistas del EDC lo llevan a Atria a denunciar a Ferrajoli de promover una teoría de esa raigambre dado sus similitudes con la teoría que era funcional al Estado de Derecho pre moderno. Sin demasiado rigor se habla al hilo del EDC de una teoría “neoconstitucionalista” en donde se incluyen autores contemporáneos que respaldan y explican al mismo, en esa nómina están: Alexy, Dworkin, Zagrebelsky, Nino, Ferrajoli, Prieto Sanchís, Ollero, etc., y todo ellos en mayor o menor medida y diferentes fundamentos, puede ser adscriptos a teorías no positivistas en tanto básicamente defienden los límites morales del derecho y un saber práctico.

3. PROSPECTIVA Y CONCLUSIONES:

No cabe dudas que el EDC goza de un notable predicamento y respaldo no sólo entre juristas sino entre la ciudadanía en general, sin embargo, lo anima una cierta lógica difícil de controlar o limitar que puede llegar a un desequilibrante predominio del poder judicial, incluso algunos identifican que desde el EDC se ha ido consolidando un nuevo Estado de Derecho Judicial. Un factor que en buena medida contribuye a esta especie de automatismo y descontrol es una matriz académica en las Facultades de Derecho que no se hace cargo de las nuevas exigencias que conlleva la realidad del EDC y sigue replicando las enseñanzas que fueron apropiadas para el EDL. De ese modo, si bien se invocan por parte de abogados y jueces muchos de esos nuevos conceptos que componen el escenario del EDC (por ejemplo: derechos humanos, principios, ponderación, argumentación, equidad, etc), en razón del escaso tratamiento y desarrollo teórico que los respalda, ellos terminan configurando vías idóneas para adoptar decisiones que con esa cobertura, proyectan preferencias ideológicas o de otra índole. Sólo verdaderos y profundos cambios en la metodología y el contenido en la enseñanza del derecho, como del aparato institucional jurídico, puede aportar y contribuir a la necesaria racionalidad , seguridad jurídica y humanismo que es posible y necesaria de brindar por el derecho. No creemos ni

auspiciamos que pueda retrocederse al EDL, pero no podemos dejar de advertir el peso de la responsabilidad que pesa especialmente sobre el mundo académico acerca del futuro a modelar del derecho y el Estado. No es tiempo de inercias, sino de pensar con imaginación y audacia cambios que inexorablemente serán resistidos por aquellos que padecerán cercenamiento o debilitamiento de las posiciones adquiridas.

El EDC implicó superar muchos de los vicios implícitos al EDL que llegaban a delinear un derecho formalista, individualista, estatista, jurdicista, abstracto, cientificista y dogmático que poco tiene que ver con lo que se avizora en la realidad y reclama la sociedad. La filosofía del derecho y el derecho constitucional tienen mucho que decir en orden al referido reclamo de cambios, pero por supuesto que no se agota en esos ámbitos la tarea de pensarlos y proponerlos, dado que finalmente es un cambio de matriz o paradigma.