

Título: Reflexiones sobre el principialismo y el neoconstitucionalismo. La llamada "constitucionalización de los derechos"

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: RDA 2021-136, 3

Cita: TR LALEY AR/DOC/1734/2021

Sumario: I. El panorama de la filosofía jurídica como punto de partida y el surgimiento de los principios generales en el derecho público.— II. El principialismo, el Estado de derecho constitucional y los distintos neoconstitucionalismos.— III. La constitucionalización del ordenamiento.— IV. Conclusiones.

I. El panorama de la filosofía jurídica como punto de partida y el surgimiento de los principios generales en el derecho público

La historia del derecho no cumple solamente la función de explicar y desentrañar el pasado de las instituciones.

Sus funciones son múltiples y casi todas producen el efecto de elevar la cultura de los juristas y profesionales que ejercen la abogacía o cultivan el derecho, dándole mayor rigor al lenguaje jurídico que utilizan en sus respectivos oficios.

Si se considera que el derecho, concebido como el conjunto de prescripciones que integran un determinado ordenamiento jurídico, constituye un producto social y, por tanto, dinámico y adaptable a una determinada realidad, su epistemología precisa dar cabida a su dimensión filosófica, pues, para captar y comprender la esencia y el sentido del presente, resulta siempre necesario conocer el pasado.

El iluminismo y los métodos que impuso el movimiento enciclopédico pasaron por alto, durante algún tiempo, el conocimiento de los orígenes o fuentes del derecho y la historia de la filosofía que lo nutre, pretendiendo encerrarlo, de una vez y para siempre, en Códigos que suponían representaban el triunfo del racionalismo basado en una filosofía immanente que cerraba el acceso a los principios del derecho natural, no obstante lo cual corresponde reconocer que la consagración positiva de muchos de esos principios contribuyó a la realización de la justicia en las relaciones humanas.

A su turno, el romanticismo alemán, que surgió como una reacción al racionalismo iluminista, generó una ideología política autoritaria, basada en la exacerbación de los sentimientos nacionales, sembrando la semilla que germinó con el desencadenamiento de la barbarie y de la violencia generalizada, a través del nazismo y del fascismo, cuyo accionar se basó en la doctrina decisionista de Carl Schmitt, la cual puede resumirse en el imperio de la fuerza y de la voluntad del gobernante (el líder) sobre la razón y el desprecio por el enemigo. En forma paralela, y con un parentesco filosófico común (Hegel y Nietzsche), esos totalitarismos terminaron enfrentados con otro de signo internacional y más complejo como fue el comunismo, cuya construcción moderna es una mezcla de las ideas heredadas de Marx, Engels, Lenin y Gramsci (1).

A posteriori de ese contexto histórico-filosófico se desarrolló la concepción del positivismo jurídico, cuyas vertientes europeas continentales y anglosajonas reconocen doctrinas filosóficas distintas que, sin embargo, no llegan a ser opuestas (principalmente, Kant para el primero y Hobbes, Bentham y Austin para el segundo). La pérdida de vigencia del positivismo kelseniano (al que nuestro compatriota Mario Bunge, notable filósofo, le atribuyó una severa responsabilidad en el fundamento teórico del régimen hitlerista) ha contribuido a que buena parte de los cultores del positivismo moderno se hayan reconvertido, refugiándose en la concepción de Hart de la jurisprudencia analítica, una especie de positivismo incluyente, el cual no obstante diferir del iusnaturalismo exhibe aspectos comunes, en cuanto no desdeña el fin práctico que debe orientar la ciencia del derecho reconociendo que, en definitiva, "es práctica en el sentido más pleno si ella es acerca de y dirigida hacia aquello que es bueno hacer, tener, obtener y ser..." (2).

La tesis básica del positivismo considera que la norma positiva constituye el centro del derecho y del sistema jurídico, considerando que toda norma emanada conforme al procedimiento estatal predeterminado es válida con independencia de que sea justa e injusta, moral o inmoral. Dicha concepción sostiene que los valores de la justicia son subjetivos e irracionales y hasta metafísicos, que una teoría del derecho debe ser pura y limitarse al material positivizado y, consecuentemente, que la moral debe separarse del derecho. Como lo ha expresado muy bien

Bobbio el positivismo jurídico es una doctrina "que reduce la justicia a la validez" (3), lo que cabe adicionar, además, una separación estricta entre moral y derecho.

En cambio, las concepciones del iusnaturalismo giran en torno de lo que es justo y moralmente bueno para las personas y el bien común, concibiendo al derecho (entendiendo por ese concepto lo justo) como el objeto de la justicia. En rigor, el positivismo jurídico puro (muy posterior al pensamiento iusnaturalista de Aristóteles y Santo Tomás) sostuvo exactamente lo inverso: que la justicia consiste en la validez formal del derecho o, en otros términos, que el objeto de la justicia no es el derecho real (lo justo) sino su validez formal, acusando al iusnaturalismo clásico de introducir elementos metafísicos o religiosos en la teoría del derecho, cuya pureza pretendía fuera un dogma irrefutable. Más aun, apoyados en la falacia naturalista de Hume, los positivistas llegaron a decir que, si la naturaleza era el orden del ser, resultaba falso sostener que de la naturaleza humana pudieran derivarse prescripciones normativas (el orden moral o el deber ser).

Lo cierto es que, como se ha demostrado en los últimos años, la falacia naturalista no existió en el pensamiento iusnaturalista tal como lo ha sostenido Finnis que, en este punto, coincide con sus críticos puesto que nunca llegó a sostener que las prescripciones normativas derivaran directamente del ser (la naturaleza humana) sino que el conocimiento normativo de la ley natural, lejos de derivar del conocimiento previo de la naturaleza humana, "parte de unos principios primeros conocidos por evidencia y que se desenvuelven racionalmente —con razón práctica— ya sea a través de inferencias conclusivas, ya sea a través de la determinación circunstanciada de lo que en los principios se encuentra indeterminado" (4).

En ese escenario, en el que compiten las más variadas corrientes del positivismo (tanto el incluyente como el excluyente) y del iusnaturalismo clásico, sin analizar otras concepciones inaplicables en los sistemas continentales europeos o de Iberoamérica, como el realismo norteamericano o algunas que han perdido actualidad doctrinaria (v.gr. el estructuralismo) (5) se ha desarrollado una tendencia que, sin llegar a configurar una concepción de la filosofía jurídica, le asigna prevalencia a los principios generales del derecho sobre las normas.

Esta tendencia ha tenido una gran recepción en el derecho constitucional moderno, habida cuenta de que una buena porción de esos principios se encontraba incorporada en los textos constitucionales positivos sancionados a partir del siglo XIX y al hecho de que, a posteriori, se regularon en las Cartas Constitucionales en la segunda guerra mundial junto a una pléyade de tratados internacionales.

Sin embargo, aunque el hecho no se encuentra reconocido por otras disciplinas, lo cierto es que el derecho administrativo se construyó sobre la base de la prevalencia de los principios generales del derecho sobre las normas desde sus mismos orígenes (Laferrière) hasta que, finalmente, el Consejo de Estado francés reconoció su primacía (6), originando uno de los cambios más grandes en la comprensión y operatividad de los principios generales del derecho público, que inicialmente puso de relieve en Francia Jean Rivero, en uno de los trabajos pioneros sobre la materia (7), al describir y fundamentar una jurisprudencia que más tarde se proyectó al derecho administrativo europeo y, finalmente, aunque sin reconocer esta procedencia, al derecho constitucional, cuya doctrina cae en el equívoco de considerar que la partida de nacimiento del proceso de constitucionalización se encontraba en los textos positivos de las Constituciones europeas sancionadas al finalizar la última conflagración global. De ese modo, se ignoraron las teorías fundamentales formuladas en el derecho francés (8) y la jurisprudencia de su Consejo de Estado que, en forma implícita o expresa, terminaron enrolándose en el iusnaturalismo, al igual que muchos de los autores alemanes del siglo anterior (Otto Mayer), en los que se advierte la adhesión a las verdades del derecho natural (9).

Una clara y resuelta postura acerca de la trascendencia que revisten los principios generales del derecho en la configuración del derecho administrativo moderno, se advierte en toda la obra del maestro García de Enterría, quien, al culminar sus primeras investigaciones sobre el tema, no pudo reprimir su asombro de que en Francia, patria del legalismo, se hubiera construido un derecho administrativo en el que los principios prevalecen sobre las leyes escritas, en un sistema donde "la idea de los principios generales no ha hecho más que ganar terreno" (10).

Pero, a la inversa de lo que sostienen los positivistas, el principialismo no ha venido a suplantarse la legalidad positiva sino a reforzar su validez en una dimensión racional-moral de justicia que convive con la dimensión fáctica o formal proveniente de la autoridad de las fuentes sociales del derecho (11).

En esa dimensión de validez racional-normativa es donde, precisamente, se alojan los principios generales del derecho "descubiertos y funcionalizados por los juristas" y "recogidos y desenvueltos por la jurisprudencia o en la legislación" (12).

En ese escenario, antes de describir el proceso de constitucionalización del derecho y de ver cómo el neoconstitucionalismo termina apropiándose de la técnica de los principios generales (deformando en ocasiones su sentido), cualquiera sea el signo filosófico de sus cultores (positivistas incluyentes o excluyentes), veamos, a grandes rasgos lo que ha ocurrido y continúa ocurriendo en el seno del positivismo incluyente y en el de la jurisprudencia analítica.

Mientras la cantidad de concepciones filosóficas aumentó de un modo exponencial, dificultando la comprensión de la ciencia jurídica y los métodos que guían la interpretación y aplicación del derecho se produjo el abandono de las premisas del positivismo legalista por parte de destacados filósofos del derecho que han sido calificados de positivistas incluyentes o iusmoralistas (Dworkin, Alexy y Nino). El hecho de ser bendecidos con la calificación de iusnaturalistas (una brillante paradójica retórica), desarrollada por una no menos brillante pluma filosófica (13), supone que todos aquellos que alumbren la dimensión moral del derecho y no admitan una tajante separación conceptual entre moral y derecho son iusnaturalistas. Más aun, para desdicha de los positivistas puros (extraña pureza que los lleva a ser ciegos para evitar ver lo que en la realidad acontece), ha irrumpido en la escena filosófica un profesor de la Universidad de Oxford (John Finnis), formado en la escuela analítica de Hart, de origen protestante, tras convertirse al catolicismo, se adhirió al iusnaturalismo de raíz aristotélica-tomista, dentro del modelo analítico (14), logrando que esa concepción fuera más comprensible por los pensadores anglosajones (15).

El enfoque iusnaturalista de Finnis rompe la separación conceptual entre moral y derecho pero no deja de atribuirle al derecho positivo, emanado de las fuentes fácticas y sociales, una jerarquía de peso en la medida en que no se produzcan situaciones susceptibles de afectar gravemente y en forma extrema la justicia conformada por los principios generales del derecho, concebidos conforme a una visión aristotélica tomista que atribuye un papel central al derecho producido por la autoridad de las fuentes formales. Estas no se limitan a la ley, donde los jueces cumplen una función creativa en caso de lagunas jurídicas o de tener que interpretar los conceptos ambiguos que caracterizan el lenguaje natural (que carece de la precisión que poseen las ciencias exactas).

Otros puntos significativos que exhiben disidencias con ciertos sectores del positivismo jurídico y aun del iusnaturalismo radican en: 1) el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico positivo y que el derecho positivo regula su propia creación; 2) el significado conceptual de derecho, justicia y la función de la analogía; 3) la distinción entre normas y principios y su condición en ambos casos de reglas vinculantes; 4) si la fuente de un principio puede ser extralegal o constitucional y no hallarse, en consecuencia, positivizado el principio; 5) la cuestión del ser deber ser en el sistema jurídico; 6) el carácter vinculante o meramente óptimo de un principio; y, 7) los métodos de interpretación y la teoría de la argumentación y justificación racional de las decisiones judiciales y administrativas (16).

De algunos de ellos nos hemos ocupado en nuestros trabajos anteriores (17), pero su análisis requiere una obra de mayor alcance que nos resulta imposible abordar en este ensayo en el que, no obstante, nos ha parecido importante exponer las líneas generales del escenario especulativo.

II. El principialismo, el Estado de derecho constitucional y los distintos neoconstitucionalismos

Cabe entender por principialismo a la tendencia especulativa que asigna predominio a los principios sobre las normas, considerando que ambas categorías constituyen reglas jurídicas vinculantes y fuentes del derecho. Se discute si el carácter autoritativo constituye, en principio, uno de los rasgos característicos del Estado de derecho constitucional (18), pero, en cualquier caso, debe ser siempre un Estado de poderes tasados y limitados, en el que sus órganos (llamados también poderes) actúan con independencia recíproca y armonía, sometidos al principio de legalidad (cuya máxima expresión es el bloque de constitucionalidad) a los principios de la justicia (es decir, a la ley y al derecho) y al control jurisdiccional de constitucionalidad. El modo de ser del Estado se conjuga mejor con el elemento racional, valorativo y crítico (19), sin relegar el papel que cumple el derecho positivo en tanto no degenera en injusticia o inmoralidad.

Al querer desentrañar el fenómeno del neoconstitucionalismo las cosas se complican por una serie de razones. Pasaremos a explicar seguidamente los fundamentales:

En primer lugar, se habla de la inercia que supone la admisión a los cambios, máxime cuando ellos se gestan tras el extraordinario desarrollo dogmático efectuado por los grandes constitucionalistas que construyeron el edificio del Estado de derecho, sobre todo cuando los cambios están en proceso de realización (20). Una segunda razón concierne al distinto origen de conocimientos en que se apoyan las posturas doctrinarias cuyos criterios focales varían en función de la orientación que marca la filosofía del derecho, por un lado, y la dogmática constitucional, por el otro. A su vez, dentro de cada postura se desarrollan concepciones y criterios clasificatorios diferentes.

Por otra parte, resulta evidente que el paso de la concepción histórica del Estado de derecho legal hacia el Estado de derecho constitucional ha sido un proceso evolutivo en el que se fueron superponiendo, como lo ha advertido la doctrina alemana, una serie de capas geológicas que no llegan a suplantarse los principios originarios del Estado de derecho clásicos. En realidad, les otorgan un contenido adaptado a las nuevas realidades políticas, económicas y sociales, manteniendo siempre los objetivos de protección de las libertades (21) y de la seguridad (22) individual y colectiva, como fines fundamentales del marco jurídico estatal.

En ese escenario, han surgido, entre otros, dos clases de neoconstitucionalismos considerados ambos como tendencias o movimientos, caracterizados por la diversidad de los puntos de vista que postulan. Pero, también es verdad que solo uno de ellos representa al verdadero Estado de derecho constitucional. A su vez, también se han expuesto otros criterios para clasificar el neoconstitucionalismo, según el criterio central utilizado se formula en base a la adscripción o no al positivismo legalista (23) o bien, se realice la clasificación desde la óptica de la dogmática constitucional.

A nuestro juicio y optando por el camino abierto por la dogmática constitucional, cabe reconocer una sistematización que exhibe dos especies principales de neoconstitucionalismos, aunque solo uno sea compatible con el derecho constitucional enraizado en la democracia.

El primero, configura el llamado Estado de derecho constitucional y no es otra cosa que la regulación de la democracia por la Constitución, cuyas "...líneas maestras se mantienen inmovibles: la Constitución como forma de limitación del poder en beneficio de la libertad de los ciudadanos, de la igualdad de todos en esa libertad". Aun cuando este nuevo constitucionalismo potencia y aumenta el poder de los jueces en el control de constitucionalidad, esa circunstancia no los autoriza a salirse de la Constitución ni a convertirse en legisladores o administradores de la cosa pública, pues el principio de separación de poderes, rectamente interpretado, no admite tales excesos o desviaciones de poder. La potenciación de la función judicial es producto de la concepción principialista del derecho, ya que al ser los principios mandatos vinculantes carentes de supuestos de hecho y de la precisión que caracteriza a las normas, los jueces adquieren un mayor protagonismo interpretativo, a condición de que no excedan los límites constitucionales representados por el principio de separación de los poderes.

El segundo de esos neoconstitucionalismos conduce necesariamente a deformar la Constitución, en un sentido tanto formal como material, en cuanto "...hace prevalecer el poder sobre el control, la unidad de acción estatal sobre la división de poderes, el entendimiento 'político' de la democracia sobre su entendimiento 'jurídico', la democracia directa 'plebiscitaria', sobre la indirecta representativa, la voluntad política sobre las leyes, y en fin, el Estado decisionista sobre el Estado de Derecho" (24). Es, por tanto, un falso constitucionalismo (25) o "anticonstitucionalismo", que poco tiene que ver con el verdadero y auténtico constitucionalismo (26), cuyos riesgos han sido destacados por autorizada doctrina (27).

Por cierto que, con abstracción del origen europeo o americano, en el campo de los constitucionalistas y de los filósofos del derecho partidarios de la distinción, que adhieren a la verdadera concepción del Estado de derecho constitucional, se ubican tanto los llamados positivistas incluyentes (que admiten la moral como ingrediente del derecho) como los iusnaturalistas (ya sean los clásicos o los modernos de la Nueva Escuela del Derecho Natural) (28).

El aspecto relevante que corresponde remarcar, como condición central del Estado de derecho constitucional, es el principio de supremacía proveniente del modelo de Estado de derecho adoptado por la Constitución de los

Estados Unidos de América. Este principio, adoptado en todo el continente americano (29), se trasladó más tarde al derecho continental europeo, contribuyendo de un modo decisivo al abandono del legiscentrismo, es decir, de la concepción histórica de la ley fundada, entre otras cosas, en la omnipotencia del legislador. Por ese motivo, cuando se habla del paso del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional hay que tener presente que, en los comienzos del derecho constitucional comparado, coexistían dos concepciones diferentes y que, en América nunca dejó de regir la supremacía constitucional, no obstante la tendencia que consideraba que ciertos preceptos constitucionales y los principios configurados en los Preámbulos constitucionales poseían naturaleza programática y no operativa.

Ahora bien, a partir de la finalización de la segunda guerra mundial, las Constituciones sancionadas en Europa, así como la doctrina y la jurisprudencia, reconocieron en forma expresa o implícita el carácter de norma suprema que revestía la Constitución y, consecuentemente, el carácter operativo (en ocasiones con operatividad derivada y limitada a las posibilidades financieras de los Estados) de sus principios y derechos, lo que terminó unificando los sistemas comparados de los países de América y del continente europeo, pasando la Constitución a ser la "suma regla" (30).

III. La constitucionalización del ordenamiento

Con la expresión constitucionalización del ordenamiento no parece aludirse a nada realmente nuevo. En tal sentido, siempre se sostuvo, en el plano de la dogmática constitucional, la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento público o privado. Pero, nada se opone tampoco a su moderna utilización. En realidad, al menos en el derecho administrativo argentino clásico (31), la mayoría de la doctrina siempre enseñó que el encabezamiento de los capítulos del derecho administrativo se encontraba en la Constitución, de conformidad con el pensamiento expuesto por Alberdi, al difundir la conocida frase de Pellegrino Rossi.

De ese modo, la consagración del Estado constitucional de derecho ha generado una serie de efectos que se proyectan al control judicial de constitucionalidad, entre los que se destacan:

1. La efectividad que asume la supremacía de la Constitución, cuyas normas, principios y derechos dejan de considerarse programáticas para ser operativas o al menos, con operatividad derivada.
2. El surgimiento de los principios generales que, según buena parte de la doctrina, tienen prevalencia sobre las leyes, informando, cuando menos, al ordenamiento jurídico.
3. La potenciación del papel del juez en la aplicación de esos principios generales, a raíz de que deben aplicar mandatos vinculantes carentes de supuestos de hecho y de consecuencias jurídicas, dado que, si bien, los jueces no se hallan habilitados a sustituir la ley ni deben transformarse en legisladores, se encuentran obligados a fallar en los supuestos de carencias o lagunas normativas, mediante la técnica de la analogía y no de la subsunción (al no haber una norma determinada para resolver la cuestión).

Esto no implica una objeción hacia el legislador civil cuando, por ejemplo, acrecienta la inserción en el Código Civil y Comercial del principio general de la buena fe (32), en la medida que la tarea interpretativa de los jueces se lleve a cabo con arreglo al principio constitucional de razonabilidad que, por principio, excluye toda arbitrariedad o abuso interpretativo. En algunos casos, los jueces precisan aplicar los principios generales para resolver las carencias normativas, a través de la técnica de la ponderación, en reemplazo de la subsunción a la que obligaba acudir la técnica positivista, una suerte de callejón sin salida.

IV. Conclusiones

El derecho no constituye una realidad estática sino dinámica y adaptable a las circunstancias históricas, sociales y económicas, pero ello no justifica alterar la esencia ni los fines, normas y principios de la Constitución. En ese escenario, el Estado de derecho constitucional constituye un freno legítimo y positivo al denominado falso neoconstitucionalismo, que sustituye las voluntades del constituyente y del legislador por las convicciones ideológicas de los jueces.

El fenómeno jurídico no es como lo quisiéramos ver sino como realmente es y no se puede ignorar que la evolución ha terminado por reconocer que los principios generales del derecho y, sobre todo, los principios incorporados positivamente en la Constitución prevalecen en los ordenamientos público y privado (33).

La supremacía constitucional (34), la separación e independencia de los poderes y los principios que integran el bloque de legitimidad del Estado de derecho constitucional, constituyen las piezas centrales del edificio de la democracia representativa, que resulta imprescindible preservar para mantener la dignidad de todos los integrantes de la comunidad, cualquiera sea su color político.

Ese Estado de derecho constitucional tiene por finalidad perseguir el bien común, a través de la asignación de competencias constitucionales y debe orientarse a procurar la realización de los fines, principios, derechos y deberes que prescribe la Constitución, preservando incólume la libertad y la igualdad de las personas, verdadero objetivo central del derecho público y, por extensión, del derecho privado. De eso trata, fundamentalmente, la constitucionalización del ordenamiento y la labor judicial.

(1) Vid: CAMUS, Albert, "El hombre rebelde", trad. del francés, L'homme révolté, Losada, Buenos Aires, 1953, p. 174, hace una profunda crítica a las raíces filosóficas del comunismo (el terrorismo de Estado y el terror racional), aunque sin analizar el pensamiento de Gramsci que, en esa época, no había adquirido la influencia que tuvo en el desarrollo del postmarxismo y de las teorías del llamado socialismo del siglo XXI. Es curioso que los filósofos y pensadores filosóficos de izquierda no se hayan ocupado mayormente de refutar a Camus quien en el "L'homme révolté" (sostiene que la auténtica rebeldía no es inmanente sino en línea con la trascendencia humana) hace una profunda crítica de la filosofía idealista de Hegel y a la concepción nihilista, mostrando su adversidad a la violencia y la adhesión a la libertad del hombre en cuanto favorece a la dignidad humana; ver y ampliar en Sambataro, Patricia Nelvia, Camus y Hegel. El idealismo como la metafísica nihilista de L'homme non révolté, en Albert Camus. Una visión y un pensamiento en evolución, Coloquio Internacional compilado por Inés de Cassagne, ed. del Umbral, Buenos Aires, 2012, p. 139 y ss.

(2) FINNIS, John, Aquinas, "Moral, Political and Legue Theory", Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 41, cit. por MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, "Jurisprudencia analítica y derecho natural. Análisis del pensamiento filosófico jurídico de John Finnis", Marcial Pons, Buenos Aires, 2018, p. 31; vid, asimismo, LEGARRE, Santiago, "Ensayos de Derecho Natural", ed. Abaco, Buenos Aires, 2014, p. 509 y ss.

(3) BOBBIO, Norberto, "Teoría General del Derecho", trad. del título original italiano Teoria della norma giuridica y Teoria dell'ordenamento giuridico, ed. Temis, Torino, 1958 y 1960, 2ª ed., respectivamente, p. 30 y ss.

(4) Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, ob. cit., p. 74 y ss., especialmente p. 79.

(5) Vid: SUÑÉ LINAS, Emilio, "Teoría Estructuralista del Derecho", Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, 2006, p. 23 y ss., con prólogo de José Luis Villar Palasí.

(6) Véase: COVIELLO, Pedro J. J., "Raíces históricas del derecho administrativo y su actualidad. Apuntes para su estudio", El Derecho, Revista de Derecho Administrativo, N° 8, Buenos Aires, 2020, Cita Digital ED-CMXXV-521, p. 7 y ss.

(7) RIVERO, Jean, "Los principios generales del derecho administrativo en el derecho francés contemporáneo", RAP N° 6, p. 289 y ss., Madrid, 1951 y, Jeanneau Benoit, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, Sirey, Paris, 1954.

(8) Hauriou, Maurice, Derecho Público Constitucional, trad. del francés de Carlos Ruiz del Castillo, supervisada por el propio autor que lo prologa, ed. Reuss, Madrid, 1927, p. 290 y ss.

(9) Vid en tal sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho", Civitas, Madrid, 1984, ps. 43-44.

(10) Ibidem, ps. 44/45.

(11) Aspecto muy bien explicado en MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, ob. cit., p. 40.

(12) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, ob. cit., p. 43.

(13) GARCÍA AMADO, Juan Antonio, El iusmoralismo de Carlos Santiago Nino. Una crítica, en el libro Iusmoralismo (s) Oworkin/Alexy/Nino, Cevallos Editora jurídica, Quito, 2015.

(14) También se ha calificado la concepción de Finnis como un iusnaturalismo positivista (Cfr. Legarre, Santiago, ob. cit., p. 529), con lo que estamos en desacuerdo dado que, si bien, existe una revalorización del derecho positivo, hay aspectos de la teoría que se oponen a la concepción positivista, incluso la del llamado positivismo incluyente (v.gr. El sentido y la fuerza de la razonabilidad práctica y especialmente la armonía con Dios como bien humano básico; véase: FINNIS, John, "Ley Natural y Derechos Naturales", trad. del inglés de

Cristóbal Orrego S., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 427 y ss.)

(15) Véase: MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, ob. cit., p. 21 y ss.

(16) Véase VIGO, Rodolfo Luis, "Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 245 y ss.

(17) Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo), La Ley, Buenos Aires, 2015, especialmente p. 18 y ss.

(18) FERREYRA, Raúl Gustavo, "Fundamentos Constitucionales", Ediar, Buenos Aires, 2019, p. 344, sostiene que el Estado Constitucional, a más de los elementos naturales que congrega (territorio y población) alberga dos elementos constituyentes no naturales (poder y constitución), poniendo énfasis en que la Constitución configura el artificio fundamental, la suma regla del orden estatal y añadiendo que "en el Estado Constitucional todo derecho del Estado debe ser genuinamente autorizado por la norma positiva fundamental de su orden coactivo".

(19) Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, "Factibilidad y razón en el Derecho. Análisis crítico de la iusfilosofía contemporánea", Marcial Pons, Buenos Aires, 2014, ps. 17-18.

(20) Aspecto destacado por Muñoz MACHADO, Santiago, "Tratado de Derecho Administrativo y Público General", Iustel, Madrid, 2006, 2ª ed., t. I, p. 322 y ss., señalando como fuente de esa opinión a Zagrebelsky.

(21) ARAGÓN REYES, Manuel, "Dos problemas falsos y uno verdadero: "Neoconstitucionalismo", "Garantismo" y Aplicación Judicial de la Constitución", en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 29, julio-diciembre, 2013, p. 5 y ss.

(22) Vid: ISENSEE, Josef, "Justicia, Libertad y Seguridad", trad. de Juan Carlos Gemignani de la edición alemana, Marcial Pons, Buenos Aires, 2020, p. 21 y ss.

(23) Ampliar en VIGO, Rodolfo Luis, "Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias", Editorial de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2015, p. 13 y ss.

(24) ARAGÓN REYES, Manuel, ob. cit., p. 6.

(25) Ibidem, p. 6.

(26) Con distinta fundamentación, puede verse la crítica al falso neoconstitucionalismo desde la óptica de un administrativista: RODRÍGUEZ R., Libardo, "Reflexiones sobre el neoconstitucionalismo, en particular frente al derecho administrativo", RDA-2017-111.

(27) Ver VIGO, Rodolfo Luis, "Constitucionalizaciones y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones", Infojus, 2015, punto 5, p. 503 y ss.

(28) Denominación que ha recibido el movimiento iusfilosófico del iusnaturalismo moderno, encabezado por John Finnis.

(29) Art. 31 Constitución Argentina; Art. 4º Constitución de Colombia; art. 133 Constitución de los Estados Unidos Mexicanos; art. 51 Constitución Peruana; todas las cuales abrevan en la Constitución de los EE. UU. (art. VI).

(30) Expresión empleada en la doctrina argentina, cfr. FERREYRA, Raúl Gustavo, ob. cit., p. 396; vid especialmente GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", Civitas, Madrid, 1982, 2ª ed., p. 55 y ss.

(31) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, 4ª ed. actualizada, t. I, p. 162.

(32) Véase la crítica de RIVERA, Julio César, "Balance de la aplicación del Código Civil y Comercial a cinco años de su entrada en vigencia", La Ley 11/11/2020, 4, que, por las razones que damos en el texto, no compartimos.

(33) Véase: DALLA VÍA, Alberto R., "La Constitución y el Código Civil: reflexiones sobre el derecho público y el derecho privado", SJA 17/06/2015, AR/DOC/4878/2015, punto III, expresa sus reservas en punto al término y la necesidad de evitar mal entendidos, teniendo en cuenta que la expresión nace en el llamado neoconstitucionalismo y aunque sin hacer la disección entre el verdadero y el falso su posición resulta similar a la de Aragón Reyes.

(34) El retraso del derecho europeo en reconocer la supremacía constitucional obedeció, entre otras causas, a la influencia doctrinaria de la obra de Lasalle, a través de la difusión de la conocida conferencia que pronunció en Berlín en 1862 "Sobre la esencia de la Constitución", en la que definía a la Constitución como una "mera hoja de

papel", sosteniendo que en realidad impone reconocer el sustrato efectivo de poder que subyace en las declaraciones formales. Como se ha señalado, se trata de un reduccionismo "... que la izquierda va a mantener a través de las formulaciones marxistas..." (Cfr. García de Entrerría, Eduardo, ob. cit., p. 130).