

PRINCIPIOS EN EL POSPOSITIVISMO Y EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO

PRINCIPLES IN POST-POSITIVISM AND NEOCONSTITUTIONALISM

PRINCÍPIOS NO PÓS-POSITIVISMO E NO NEOCONSTITUCIONALISMO

MARÍA DE LAS MERCEDES RODRÍGUEZ FONTÁN LUCHINO

<https://orcid.org/0000-0002-7213-7984> / <http://lattes.cnpq.br/4814118950276529> / mercedesrf02@hotmail.com

Universidad Nacional de La Plata
La Plata, Argentina

RESUMO

O objetivo deste trabalho é apresentar os problemas que surgem dos paradigmas do pós-positivismo como neoconstitucionalismo. Estes são constituídos pela relação entre Direito e moralidade, devido à incorporação dos valores contidos nos Princípios, que estão incluídos tanto na Constituição Nacional como nas Leis infraconstitucionais. Outra das questões abordadas é a aplicabilidade direta dos Princípios, para a qual é necessária uma nova metodologia, que consiste na Lei da ponderação em caso de conflitos entre Princípios. Por conseguinte, estes paradigmas são analisados à luz da metodologia de Pontes de Miranda. Para tal, são feitas observações sobre o conceito de Pós-positivismo e de Neo-constitucionalismo; e sobre o pós-positivismo como processos de adaptação moral, filosófica e jurídica. Assim, conclui-se que estas visões renovadas do sistema jurídico tornam eficaz o axioma da dignidade, fazendo do homem um cidadão.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; Pós-positivismo; Princípios.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to present the problems that arise from the paradigms of post-positivism as neo-constitutionalism. These are constituted by the relationship between Law and morality, due to the incorporation of the values contained in the Principles, which are included both in the National Constitution and in the infra-constitutional Laws. Another of the issues discussed is the direct applicability of the Principles, being that for the latter a new methodology is necessary, which consists of the Law of weighing in case of conflicts between Principles. Therefore, these paradigms will be analyzed in the light of Pontes de Miranda's methodology. To this end, observations will be made on the concept of Post-positivism and Neo-constitutionalism; and about post-positivism as processes of moral, philosophical and legal adaptation. Thus, it is concluded that these renewed visions of the legal system make the axiom of Dignity effective, making men as citizens.

Keywords: Neoconstitutionalism; Post-positivism; Principles.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es presentar las problemáticas que surgen a partir de los paradigmas del pospositivismo como neoconstitucionalismo. Tales están constituidas por la relación entre el Derecho y la moral, debido a la incorporación de los valores contenidos en los Principios, que constan tanto en la Constitución Nacional como en las Leyes infraconstitucionales. Otra de las cuestiones tratadas es la aplicabilidad directa de los Principios, siendo que para esto último es necesaria una nueva metodología, la cual consiste en la Ley de sopesamiento en caso de conflictos entre Principios. Por lo tanto, serán analizados estos paradigmas a la luz de la metodología de Pontes Miranda. Para este fin, serán hechas observaciones sobre el concepto del Pospositivismo y del Neoconstitucionalismo; y sobre el pospositivismo como procesos de adaptación moral, filosófico y jurídico. Así, se concluye que estas visiones renovadas del ordenamiento jurídico hacen que el axioma de la Dignidad sea eficaz, haciendo que el hombre se constituya como ciudadano.

Palabras clave: Neoconstitucionalismo; Pospositivismo; Principios.

SUMÁRIO

INTRODUCCIÓN; 1 OBSERVACIONES CONCEPTUALES DEL POSITIVISMO Y DEL NEOCONSTITUCIONALISMO; 2 POSPOSITIVISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO Y SUBSTRATO SOCIAL: DONDE SURGE; 3 POSPOSITIVISMO Y EL PROCESO DE ADAPTACIÓN DE LA MORAL; 4 LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y EL POSPOSITIVISMO; 5 DERECHO COMO PROCESO DE ADAPTACIÓN; CONCLUSIÓN; REFERENCIAS.

INTRODUCCIÓN

El Derecho está compuesto por reglas y principios. En el contenido de las reglas, hay un comportamiento, un juzgamiento de valor (prohibido, permitido u obligatorio) y una consecuencia legal, la sanción. Las reglas son interpretadas por subsunción. Los Principios no contienen una situación fáctica específica, establecen valoraciones y, además, su interpretación es diferente de las anteriores.¹

Un ejemplo de un Principio es el de la Dignidad Humana, derivando de este los derechos fundamentales, como el derecho a la alimentación, a la salud, a la vivienda, a la vestimenta, también conocidos como derechos humanos, así como todos los establecidos en el Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y también reconocidos en los Pactos Internacionales de los Derechos Humanos y en otras Declaraciones de Derechos Humanos, así como el derecho humano al medio ambiente sano y equilibrado. Es preciso observar que estos Derechos Humanos fueron reconocidos por la mayoría de los países y se incorporaron a los Derechos Positivos, específicamente como Derechos Fundamentales en las Constituciones.

La emergencia de las Declaraciones y actos sobre Derechos Humanos surgió como consecuencia de que en Alemania nazi se demostró el fracaso del positivismo, una vez que las barbaries vividas en aquel país fueron justificadas a través del paradigma del positivismo. Porque la justificativa para la realización de esas atrocidades era la obediencia a una norma legal, independientemente de que fuese justa o no, aunque lo que importaba era que perteneciese al sistema legal.

Consecuentemente, después de la Segunda Guerra Mundial, los derechos humanos fueron reivindicados, siendo creada la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y subsecuentemente, una serie de Pactos Internacionales fueron creados reconociendo los Derechos Humanos, los cuales una vez introducidos en el sistema jurídico, son llamados de

¹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

Derechos Fundamentales, que vienen a colocar al hombre en el centro de las preocupaciones, considerando que la dignidad humana debe ser alcanzada y, por lo tanto, este conjunto de derechos humanos fundamentales hace posible que el hombre pueda ser considerado un Ciudadano.

Todo este movimiento de reivindicación de los derechos humanos o fundamentales llevo al surgimiento de este nuevo paradigma del pospositivismo y del neoconstitucionalismo. Estos Derechos Fundamentales están contenidos principalmente en los Principios. Entonces, ¿sería posible decir que la Ley es apenas constituida por reglas o sería posible considerar también los principios? ¿Podríamos quedar a penas con las reglas que son fáciles de aplicar y dejar los principios como letra muerta en la Constitución o Leyes?

Esto último es inconcebible, porque los Principios buscan la realización de la dignidad humana y hacen parte de los fundamentos del Sistema Jurídico y del Estado de Democrático de Derecho. En este sentido, el Estado tiene como su justificativa la realización del bienestar de la sociedad, que solo puede ser alcanzado a través de la dignidad humana. Por consiguiente, colocamos la dignidad humana en el centro del sistema jurídico y del Estado.

Por lo tanto, es necesario adoptar una nueva visión del Derecho, que en el campo de la Filosofía del Derecho se denomina Pospositivismo, y, específicamente en el Derecho Constitucional, se llama Neoconstitucionalismo, donde las normas jurídicas son formadas por reglas y principios, lo que es sostenido por Ronald Dworkin y por Robert Alexy. El objetivo de este trabajo es simplemente presentar las características de estas nuevas visiones del Derecho, tanto el pospositivismo como neoconstitucionalismo, con referencia a los Principios.

Los procedimientos metodológicos utilizados consisten en consultar la Bibliografía, bien como seguir la metodología de Pontes de Miranda. Este autor considera que hay eventos que ocurren en la realidad y que dentro de estos ocurren procesos de adaptación. Estos últimos consisten en el hecho de que en frente a un obstáculo, serán producidos procesos para superar tales obstáculos que se presentan en la realidad. Estos procesos de adaptación pueden ser de varias naturalezas, tales como jurídica, ética, social no sentido estricto, política, económica. Por lo tanto, un acontecimiento envuelve todos o algunos de estos tipos de procesos de adaptación, lo que significa que al estudiar un evento es posible analizarlo, considerando cada uno de estos procesos de adaptación que se desarrollan dentro del evento. Presenta también el principio de la determinación, lo que implica que el análisis debe considerar el lugar y el tiempo en el que el proceso de adaptación tiene lugar.²

² PONTES DE MIRANDA. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo III. Campinas: Bookseller, 2000.

Por lo tanto, los fenómenos del pospositivismo y del neoconstitucionalismo serán analizados a la luz de las consideraciones metodológicas de Pontes de Miranda. Consecuentemente, serán analizados los procesos de adaptación en los que se desarrolla el Pospositivismo y el Neoconstitucionalismo a la luz de la metodología de Pontes de Miranda

En primer lugar, serán hechas observaciones sobre el concepto del Pospositivismo y del Neoconstitucionalismo. En segundo lugar, será considerado el substrato social donde emerge el Pospositivismo y el Neoconstitucionalismo. En tercer lugar, será analizado el pospositivismo como proceso de adaptación moral. En cuarto lugar, serán observados estos paradigmas a la luz de la Filosofía del Derecho. En quinto lugar, serán considerados ambas posiciones como procesos de adaptación jurídicos. Por último, serán hechas las observaciones finales.

1 OBSERVACIONES CONCEPTUALES DEL POSITIVISMO Y DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Se debe decir que el Neoconstitucionalismo, tal como el Pospositivismo, puede ser considerado como una Teoría del Derecho, una Ideología y una Metodología. Antonio Manuel Peña Freire afirma que "El neoconstitucionalismo teórico, o como teoría del derecho, busca describir los cambios que el constitucionalismo significó para los conceptos básicos de la Teoría del Derecho, o sea, cambios en el concepto de derecho, de norma, de jerarquía normativa, de interpretación".³

En primer lugar, es preciso decir que, en relación con esta nueva visión del Derecho, se puede observar que esta permanece próxima de la Moralidad. Las alteraciones en la concepción de las normas jurídicas consisten en que tales están compuestos por reglas y Principios. Es introducida una Nueva Interpretación del Derecho. Todos estos aspectos serán analizados en el de correr de este trabajo.

Lo fundamental del Pospositivismo o Neoconstitucionalismo es que establece que los Derechos Fundamentales deben ser aplicados directamente, porque derivan de la dignidad y esta es un axioma que no requiere demostración, y hace a la realización del ser humano en su condición de persona. Estos Derechos Fundamentales están contenidos en los principios y de ahí deriva la justificación de su imperatividad y aplicabilidad directa. Estos Principios exigen una

³ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista e democracia. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 22, p. 31-65, jul./dez. 2003.

nueva interpretación que implica que en caso de conflicto entre Principios se aplique la Ley de Sopesar, establecida por Alexy, la cual será desarrollada más tarde.

En segundo lugar, Antonio Manuel Peña Freire observa que "el neoconstitucionalismo como método se opondría a la tesis de separación del positivismo metodológico, sosteniendo la tesis de la vinculación necesaria, identificando y/o justificando, la relación entre derecho y moral".⁴

Como fue anteriormente observado, la introducción de los Principios implica a introducción de valores, una vez que estos están dentro del contenido de los Principios, bien como en el momento de la ponderación, cuando se establece que uno es mejor que el otro, como dice Alexy. De esta forma, la aproximación entre el Derecho y la Moralidad es provocada, y la necesidad de una Nueva Interpretación de los Principios.

En este sentido, Paolo Comanducci observa sobre el neoconstitucionalismo que "por lo menos en relación a situaciones de derecho constitucional, donde los metodológicos principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre el derecho y la moralidad - la tesis de la necesaria vinculación, identificando y/o justificando, entre el derecho y la moralidad". Esto es lo que sostienen Dworkin e Alexy.⁵

La vinculación entre Derecho y Moralidad es afirmada por Dworkin que define los Principios como la búsqueda de justicia y equidad. Los Principios contienen valores, dando la abertura valorativa al orden jurídico. Consecuentemente, desde la Concepción de los Principios como normas constitucionales, es necesario utilizar el nuevo método de interpretación.

En tercer lugar, se puede observar que el Neoconstitucionalismo Ideológico "coloca el objetivo de garantizar los Derechos Fundamentales en primer lugar". Esto se basa en el Modelo Constitucional y Democrático de Estado de Derecho que fue adoptado. Además de esto, el autor observa que "la importancia de la protección de los Derechos Fundamentales es enfatizada, aunque aún más [...] resalta la exigencia de que las actividades del legislador y del Poder Judicial sean directamente orientadas para la concretización, ejecución y garantía de los Derechos Fundamentales previstos en la Constitución". Es así como Alexy, Dworkin y Zagrebelsky lo consideran.⁶

⁴ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista e democracia. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 22, p. 31-65, jul./dez. 2003.

⁵ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, Alicante, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

⁶ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, Alicante, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

El aspecto más relevante del Pospositivismo o Neoconstitucionalismo es precisamente lo que es establecido por la ideología, que es la búsqueda de la garantía de los Derechos Fundamentales, así como la importancia del desempeño del Poder Judicial para el cumplimiento de este objetivo. Finalmente, en referencia a la definición del Pospositivismo o Neoconstitucionalismo se puede decir que:

El neoconstitucionalismo o pospositivismo es una nueva forma de interpretar el Derecho, que, aproximado de la Moral, pasa a contemplar juicios de valor con la finalidad de preservar, garantizar y promover los derechos fundamentales, que por estar prescriptos en reglas o principios constitucionales hace con que el Derecho Constitucional sea colocado en el centro del sistema jurídico irradiando su fuerza normativa.⁷

A partir de aquí, podemos establecer las principales características de esta nueva visión del Derecho, como: El objetivo de preservar y garantizar los Derechos Fundamentales; La nueva forma de interpretar la ley; La aproximación del Derecho a la Moral; Los Derechos Fundamentales contenidos en normas jurídicas son reglas y principios constitucionales; El centro del sistema jurídico es la Constitución; La fuerza normativa de la Constitución que se propaga por todo el sistema legal.

Además de eso, es necesario recalcar la *nueva interpretación* observada por el neoconstitucionalismo metodológico, y la *acción del poder judicial* para concretizar los Derechos Fundamentales, que deriva del neoconstitucionalismo ideológico o pospositivismo. Los aspectos fundamentales del pospositivismo o neoconstitucionalismo derivan de este concepto.

Lo primero a ser considerado es que su finalidad es garantizar la aplicación directa de los Derechos y Principios Fundamentales. Como anteriormente observado, el Estado Democrático de Derecho llegó a un nivel de maduración suficiente, de modo que el foco de la Constitución va a ser la garantía de los Derechos Fundamentales, bien como de los Principios que los contienen.

En segundo lugar, se refiere a la nueva interpretación. Esto porque el mecanismo de subsunción sirve para la aplicación de las reglas jurídicas, pero no es eficaz para la aplicación de los Principios. Por lo tanto, es necesario considerar otras formas de interpretación, tales como la ponderación, instituida por Alexy que será posteriormente analizada. Esta nueva interpretación introduce la necesaria relación entre Derecho y Moral, porque los Principios son portadores de valores.

⁷ GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3319, 2 ago. 2012. Disponible en: <https://jus.com.br/artigos/22345>. Consultado el: 07 mar. 2022.

En este sentido, Dworkin define Principios como “una exigencia de justicia o equidad o alguna otra dimensión de moral”.⁸ Así, la afirmación de la relación entre Derecho y Moral es clara, una vez que el autor reconoce en el concepto de los Principios, que estos tienen el propósito de alcanzar la realización de los valores relacionados con la Moral.

En este sentido, es necesario recordar las lecciones de Miguel Reale, quien observa que la teoría del mínimo ético fue delineada por Jeremías Bentham y después por George Jellinek, que consideró que “la ley representa el mínimo moral necesario para que la sociedad sobreviva.”⁹

Este mínimo necesario para la sobrevivencia de la civilización es precisamente el conjunto de derechos fundamentales, cuya eficacia conduce a la realización de la dignidad humana. La dignidad humana es concretizada en la medida de la eficacia de los derechos humanos.

La teoría del mínimo ético establece que existe un núcleo mínimo de derechos fundamentales que precisan ser reconocidos por los sistemas jurídicos de los países y por el Derecho Internacional. De este núcleo derivan los derechos necesarios para la sobrevivencia de las personas. La dignidad y los derechos humanos constituyen un núcleo inseparable. Se debe notar que la realización de la dignidad humana significa el respeto a la integridad física y psicológica de la persona. El ser humano es una unidad física y psicológica, y ambas son igualmente importantes.¹⁰

De la eficacia de la integridad física derivan los derechos humanos a la alimentación, al agua, a la salud, a la habitación, vestimenta, seguridad, al medio ambiente sano y equilibrado. En otras palabras, las condiciones mínimas necesarias para que una persona tenga una vida con dignidad, con salud y bienestar, tal como está establecido en el Artículo 11 del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De esta forma, es necesario que el Derecho reconozca “aquel mínimo ético”, que es constituido por los Derechos Fundamentales, siendo que estos están contenidos en los Principios. Por consiguiente, es necesaria la aplicación directa de estos Principios, que es llevada a cabo a través de la nueva Interpretación.

En cuarto lugar, es de notar que los Derechos Fundamentales están contenidos en las reglas y principios, de ahí la relevancia del estudio de estos últimos. En quinto lugar, estos

⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WRF Martins Fontes, 2020.

⁹ REALE, Miguel. *Introducción al Derecho*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1988. p. 51.

¹⁰ LUCHINO, María de las Mercedes Rodríguez Fontán. *Hacia la Construcción de un régimen jurídico internacional de los Desplazados Ambientales Forzados o de los Refugiados Ambientales*. Tesis (Doctorado en Derecho). Universidad Nacional de La Plata. La Plata, 2018.

Derechos Fundamentales se encuentran principalmente en la Constitución, una vez que son aspectos fundamentales del Estado de Derecho Constitucional y Democrático, siendo que derivan de la dignidad.

En sexto lugar, estos Principios no podrían permanecer en el papel de la Constitución, pero precisan de ser aplicados por esta razón, tienen fuerza normativa. En séptimo lugar, el Poder Judicial es aquel que adquiere un papel preponderante porque los aplica. Todos estos aspectos serán analizados cuando se considera la ley como un proceso de adaptación.

2 POSPOSITIVISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO Y SUBSTRATO SOCIAL: DONDE SURGE

En la secuencia de las observaciones metodológicas de Pontes de Miranda, es necesario observar el substrato social en el que surge esta nueva concepción del Derecho, referentes al origen histórico del Pospositivismo y del Neoconstitucionalismo. Puede afirmarse que esto surge con la Constitución de Bonn de 1949 y la Constitución italiana de 1947 con sus respectivos Tribunales Constitucionales.¹¹

Después de las barbaries del nazismo, justificadas en el paradigma del positivismo, se vio el fracaso de este último, donde existía la separación entre Derecho y Moral. Consiguientemente, surgió la necesidad de reconocer la relación entre el Derecho y la Moral. Esto ocurre cuando las Constituciones incorporaron los Derechos Fundamentales, que surgieron en el Orden Internacional.

Así, después de la Segunda Guerra Mundial, surgieron las exigencias para el reconocimiento internacional de los Derechos Humanos, que aparecen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y en los Instrumentos Internacionales referentes a los Derechos Humanos posteriores. Una vez incorporados en la ley positiva de los países, son llamados Derechos Fundamentales.

Es preciso observar que no fue por acaso que las primeras reivindicaciones de los Derechos Fundamentales fueron hechas en Alemania e Italia, una vez que estos fueron los lugares donde ocurrieron las barbaridades del nazismo y del fascismo. La Constitución comienza

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo - O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Migalhas*, 3 de maio de 2006. Disponible en: <https://www.migalhas.com.br/depeso/24089/neoconstitucionalismo---o-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>. Consultado el: 07 oct. 2022.

a girar en torno de los Derechos Fundamentales, dejando de ser apenas un instrumento que limita los poderes del Estado.¹²

Es necesario observar que estos Derechos Fundamentales están principalmente contenidos en los Principios, lo que justifica la aplicación de estos Principios, porque los Derechos Fundamentales reconocidos a nivel internacional y por los países, no pueden permanecer en el papel, porque precisan ser aplicados e asegurados.

3 POSPOSITIVISMO Y EL PROCESO DE ADAPTACIÓN DE LA MORAL

De acuerdo con la metodología de Pontes de Miranda, es necesario verificar la relación entre el Derecho y el proceso de adaptación de la Moral. A partir de ese momento, surge la necesidad de establecer una relación entre el Derecho y la Moral, que emerge de la eficacia de esos Derechos Fundamentales, que están principalmente contenidos en los Principios Constitucionales, aunque también en las Leyes.

En primer lugar, sería necesario establecer algunas observaciones con relación a lo que es considerado como Moral. En este sentido, es observado:

La Moral toma por base no lo que hay de peculiar a un pueblo, sino que considera lo que hay de permanente en el género humano. *Corresponde a la idea de bien* que no varía en el tiempo y en el espacio y debe servir de criterio a la moral positiva. Esta se revela dentro de una dimensión histórica, como interpretación que el hombre, de un lugar y época, hace *en relación al bien*.¹³

Por consiguiente, se debe notar que la Moral es el conjunto de comportamientos basados en valores que la sociedad elige para que el bienestar común sea alcanzado. Es de notar que la emergencia de la ética de los derechos humanos, “deriva directamente del Principio de la dignidad humana”.¹⁴

Como ya fue considerado antes, la dignidad es un axioma y como tal no precisa de ser demostrado. Esta consiste en la condición del ser humano a través de la cual el hombre goza de todos los Derechos Fundamentales, que son asegurados a la persona por el Estado. Estos

¹² COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, Alicante, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

¹³ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

¹⁴ BITTAR, Eduardo. *Curso de ética jurídica: ética geral e ética profissional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

derechos están contenidos en los Principios, y es por esto que la aplicación directa de estos últimos es necesaria. Bittar observa en relación con la Ética de los Derechos Humanos que:

La justicia no puede ser pensada aisladamente, sin el principio de la dignidad humana, así como el poder no puede ser ejercido a pesar de la dignidad humana. En verdad, todos los demás principios y valores que orientan la creación de los derechos nacionales e internacional se curvan ante esta identidad común o este *mínimum* de los pueblos. La propia Declaración de 1948 le confiere tal posición de superioridad ante los demás principios y valores. Como referencia motivante de la cultura de los derechos humanos, más allá de lo fundamental, este principio tiene valor universal.¹⁵

De este modo, se puede decir que la moral justifica la aplicación del poder estatal, porque sin esta el Poder del Estado pierde su finalidad que es asegurar la dignidad humana. Por otro lado, el autor observa que el ordenamiento jurídico internacional y nacional se justifican por la aplicación de la dignidad como concepto universal del hombre, de lo que se desprende el mínimo moral de normas jurídicas (observado por Jellinek, y ya comentado) que deben contener estos Ordenamientos, los cuales son incorporados al ordenamiento doméstico en el momento que se introducen los Derechos Humanos reconocidos en el Derecho Internacional.

Estas observaciones demuestran la relación entre Derecho y Moral, porque consideran que el eje es la dignidad humana, que limita el ejercicio del poder, y del cual derivan todos los otros Derechos Humanos, o sea, los Derechos Fundamentales. Estos constituyen el mínimo fundamental al que Jellinek se refiere, que emerge de la dignidad humana como un valor universal de los pueblos, a lo que ya nos referimos anteriormente.

Bittar considera las observaciones de Pascual, quien sostiene que: “la dignidad humana sería el valor fundador básico. Y la libertad (igualdad, solidaridad), la justicia y la paz serían cofundadoras, valores coadyuvantes”.¹⁶ Por consiguiente, tales valores están contenidos en los Principios. De este modo, es necesario resaltar que la abertura valorativa del sistema jurídico y de la Constitución se produce cuando estos principios son incorporados como normas jurídicas, se puede observar que en el contenido de los Principios existen valores.

La cuestión valorativa de los Principios puede ser verificada a través del análisis de su *contenido*, bien como en el momento de la interpretación, cuando la ponderación es efectuada, es esto que Alexy observa. Por otro lado, es preciso decir que aquí surge una diferencia entre Principios y reglas porque en el caso de estas últimas los valores son incorporadas únicamente en

¹⁵ BITTAR, Eduardo. *Curso de ética jurídica: ética geral e ética profissional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁶ BITTAR, Eduardo. *Curso de ética jurídica: ética geral e ética profissional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 112.

el momento de la creación por el legislador que elige los bienes jurídicos que deben ser protegidos, en cuanto en el caso de los Principios es diferente, porque no solo la valoración es producida en momento de su creación, aunque también está en su contenido.¹⁷

En este sentido, los autores argumentan que “En esta nueva corriente, la forma y el momento de la incorporación de valores en el sistema son alterados; los valores permean el sistema tanto en el momento de la creación de la norma como durante su aplicación.”¹⁸

La abertura valorativa del Sistema Jurídico es producida considerando no solo las reglas, sino también los Principios como normas jurídicas. Profundizando la cuestión valorativa de los principios, tres momentos de valoración pueden ser observados: el primero se refiere al momento de su creación; el segundo tiene lugar cuando la valoración es apreciada en su contenido y el tercero, en el momento de su interpretación por la ponderación. Por lo tanto, se puede decir que los Principios están cargados de valores, llevando al establecimiento de la relación entre el Derecho y la Moral.

Las autoras consideran que “es defendida la necesidad de una relación estrecha entre el derecho y la moral, bien como la reintroducción de los principios de la justicia, dignidad de la persona humana, de la racionalidad y de la proporcionalidad en la Ley.”¹⁹ Sobre la relación entre Derecho y Moral, Bittar observa que:

Se puede afirmar que el derecho se alimenta de la moral, tiene su surgimiento a partir de la moral, y convive con la moral continuamente, enviando-le nuevos conceptos y normas, y recibiendo nuevos conceptos y normas. La moral es, y debe ser, el fin del derecho. Con esto, se puede llegar a la conclusión de que derecho sin moral, o derecho contrario a las aspiraciones morales de una comunidad, es puro arbitrio, y no derecho.²⁰

Así este autor establece que en el origen del Derecho surge de la moral, la cual constituye la fuente del derecho. Porque como ya dijimos, en el origen de los grupos sociales surgen los valores necesarios para permitir la convivencia, de modo que se puedan solucionar los conflictos que puedan aparecer entre las relaciones de los miembros. Así a partir de esos

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

¹⁸ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. O atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011. Disponible en: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>. Consultado el: 16 feb. 2022.

¹⁹ CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. O Pós-Positivismo como Pressuposto Filosófico do Neoconstitucionalismo. *Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 127-148, jul./dez. 2016.

²⁰ BITTAR, Eduardo. *Curso de ética jurídica: ética geral e ética profissional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

valores, en un segundo momento surgen las reglas y principios que contienen tales valores, los cuales derivan de la moral. De tal forma, se puede verificar el puente entre el Derecho y la Moral.

Esta relación es concretizada a través de los Principios incorporados en el sistema legal, que contiene los valores. Robert Alexy observa que, en la nueva interpretación, la valoración ocurre cuando se aplica el mecanismo de ponderación.²¹ La incorporación de los Principios al sistema jurídico le permite permanecer vivo con relación a la realidad social.

4 LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y EL POSPOSITIVISMO

En la secuencia de las observaciones de Pontes de Miranda, es preciso analizar el proceso de adaptación de la Filosofía y su relación con esta concepción de Derecho. Es necesario establecer la relación entre el Pospositivismo y la Filosofía del Derecho, a pesar de dejar claro que el Neoconstitucionalismo es lo mismo que el Pospositivismo. Este último irradia para todos los ramos del Derecho y principalmente para el Derecho Constitucional, constituyendo el Neoconstitucionalismo, cuyo objeto es la Constitución Nacional.

Es necesario observar que el Pospositivismo tiene las mismas premisas que el Neoconstitucionalismo. Tal vez se pueda decir que son aspectos del mismo concepto, en cuanto el primero se refiere al sistema jurídico en general e irradia para todas las partes del Derecho, en cuanto cuando se considera la Constitución, se denomina Neoconstitucionalismo.

Por otro lado, también se podría decir que el primero podría ser considerado en el campo de la Filosofía del Derecho como un paradigma, tal como el positivismo y el iusnaturalismo. La Filosofía del Derecho engloba “la metodología jurídica”, “la validez formal del Derecho”, “la eficacia de la norma”, y “la justicia de la norma.”²²

Su ámbito está arriba del Derecho Positivo, una vez que busca la creación de categorías que pueden ser aplicadas a cualquier sistema jurídico de un país. Es la Filosofía del Derecho que justifica el Derecho como ciencia porque tiene su propio objeto, método y autonomía. El objeto del estudio de la Filosofía del Derecho es el sistema y las normas jurídicos.

En este sentido, el pospositivismo tiene como objeto el sistema legal y el neoconstitucionalismo, la Constitución Nacional. Esta visión reconoce la relación entre el

²¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

²² LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos: um diálogo com Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

Derecho y la Moral, incorporando los Derechos Humanos a través de los Principios que cargan los valores. Además de esto, considera que las normas jurídicas son compuestas por reglas y principios

La eficacia de los Derechos fundamentales deriva del axioma, el cual constituye la Dignidad del ser humano, siendo exigida por este último. En referencia a la eficacia de la norma es preciso reconocer que tanto reglas jurídicas como Principios tienen una aplicabilidad directa, siendo que esta última será considerada según la visión de Alexy, que será desarrollada en el siguiente punto.

El método es el conjunto de actividades llevadas a cabo para el análisis crítico del Derecho. Este es el que recorre de forma crítica los caminos entre la validez, eficacia y justicia del sistema jurídico. En este sentido, el pospositivismo y el neoconstitucionalismo incorporan una nueva interpretación necesaria para el caso del conflicto entre Principios, que será considerada más tarde.

Por su vez, la autonomía del Derecho como ciencia deriva del hecho de que el Derecho dicta sus propias reglas, sin necesidad de recurrir a otras esferas. Además de esto, es necesario observar la preocupación de la Filosofía del Derecho con "la justicia de la norma", esta es precisamente uno de los aspectos fundamentales del Pospositivismo y del Neoconstitucionalismo al buscar la abertura valorativa del sistema jurídico, reivindicando la relación entre el Derecho y la Moral.

Por otro lado, del punto de vista de la Filosofía del Derecho, debe ser reconocido que el Derecho tiene un objeto, un método y una autonomía, lo que justifica decir que el Derecho es una ciencia. Es también necesario observar la existencia de la relación entre la Filosofía del Derecho, el Pospositivismo y el Neoconstitucionalismo.

La Filosofía del Derecho tiene un carácter universal, y es dentro de esta universalidad que surgen los diferentes paradigmas analizados, tales como el Jusnaturalismo, el Positivismo y ahora el Pospositivismo. Así, se puede afirmar que el Pospositivismo está en el ámbito de la Filosofía del Derecho.

El pospositivismo hace parte de la Filosofía del Derecho y va más allá que la ley particular de un país. El Pospositivismo irradia para el análisis de la Constitución a través del Neoconstitucionalismo, que es alimentado por la contribución teórica del pospositivismo. En este sentido,

[...] neoconstitucionalismo, comprendido como una reflexión renovada sobre el Derecho Constitucional atenta a sus transformaciones empíricas y normativas

supra mencionadas, y el *no* positivismo jurídico (o *pospositivismo*), entendido como una crítica que abarca -esto es, que ultrapasa los límites *stricto sensu* del Derecho Constitucional - al positivismo jurídico como método, teoría e ideología del Derecho.²³

De tal forma, al incorporar los valores a los principios hace que el ordenamiento jurídico se mantenga vivo. Se podría decir que el Pospositivismo tiene como objeto los sistemas jurídicos, en cuanto el Neoconstitucionalismo se refiere a la Constitución. Como ya fue observado anteriormente, el Pospositivismo impregna el sistema jurídico con valores tanto en el momento de la creación del Derecho como en el momento de la aplicación de los Principios contenidos en la norma jurídica.

5 DERECHO COMO PROCESO DE ADAPTACIÓN

Ahora, continuando con la metodología de Pontes Miranda, vale la pena considerar el Derecho como un proceso de adaptación. El pospositivismo y neoconstitucionalismo surgieron a partir de las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. El autor observa que “tanto en la obra de Dworkin, como en la de Alexy, la distinción entre principios y reglas surge como una tentativa de explicar la estructura de las normas de derecho fundamental”.²⁴

En primer lugar, es importante reconocer que los Principios y reglas son normas jurídicas, lo que será demostrado a seguir. Los derechos humanos fundamentales, que como ya fue dicho anteriormente fueron reconocidos por la mayoría de los países a través de las Declaraciones e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, lo cual les da un carácter universal porque son garantizados a la persona con independencia del lugar donde vivan deben no solo ser reconocidos, sino también aplicados.

Estos Derechos Fundamentales están principalmente contenidos en los Principios. Sería, por lo tanto, imposible decir que a tales Principios les sea negada su existencia en el sistema jurídico, bien como su aplicabilidad directa. Porque la existencia y la aplicación de los Derechos Fundamentales no podría ser negada, una vez que están basados en la dignidad humana, en el

²³ SILVA, Alexandre Garrido da. Legitimação discursiva dos Direitos Humanos e da constituição: Perspectivas teóricas e limites práticos. In: XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Anais do [...]. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponible en: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/163.pdf> Consultado el: 07 set. 2022.

²⁴ SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 192, p. 95-109, out./dez. 2011. Acceso en: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242932>. Consultado el: 07 ene. 2022.

reconocimiento de la persona como ciudadano, y en el bienestar de la sociedad, que es el fundamento del Estado Constitucional Democrático de Derecho.

Consecuentemente, Alexy argumenta que el ordenamiento jurídico está constituido por normas jurídicas que pueden ser principios o reglas. La teoría de Dworkin introduce los Principios en el Orden Jurídico, considerando-los como

[...] una exigencia de justicia o equidad o alguna otra dimensión de la moral”, siendo ésta la diferencia entre el Principio Político y el Principio Jurídico, diciendo que el primero es “aquel tipo de padrón que establece un objetivo a ser alcanzado, en general una mejoría en algún aspecto económico, político o social de la comunidad [...]”.²⁵

Así, es evidente que el autor afirma la relación entre derecho y moral, al incorporar la noción de justicia y equidad, que fue negada por el positivismo, y afirmada por el jusnaturalismo, a pesar de que el pospositivismo difiere de este último al establecer su método. Alexy da una noción más precisa de los Principios, que será considerada más adelante.

Las autoras observan que, “Ante el hecho de atribuir-se normatividad a los principios, pasa el autor, entonces, a diferenciar estos de las reglas, esclareciendo que la diferencia entre estos se produce sobre todo en razón de que los Principios poseen una dimensión de peso, que las reglas no poseen”.²⁶

Consecuentemente, Alexy argumenta que el ordenamiento jurídico está constituido por normas jurídicas que pueden ser principios o reglas. El autor observa que la doctrina estableció varios criterios de distinción. Una de estas es el “criterio de diferenciación gradual”, otro es el de “grados de generalidad” y finalmente, observa el criterio de “una diferencia cualitativa”. Este último es el adoptado por Robert Alexy.²⁷

Por otro lado, Dworkin establece una distinción entre reglas y principios, que “es de naturaleza lógica. Los dos conjuntos de padrones apuntan para decisiones particulares acerca de la obligación jurídica en circunstancias específicas, pero se distinguen en cuanto a la naturaleza de la orientación que ofrecen.”²⁸ Dworkin nota también que otra diferencia es la “dimensión de peso o la importancia” de los Principios.

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WRF Martins Fontes, 2020, p. 36.

²⁶ CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. O Pós-Positivismo como Pressuposto Filosófico do Neoconstitucionalismo. *Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 127-148, jul./dez. 2016.

²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

²⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WRF Martins Fontes, 2020, p. 39.

También, ese autor considera que, cuando surge el conflicto entre Principios en un caso concreto, este es resuelto por el peso que se dé a cada uno de los Principios que tiene ante el otro. Por otro lado, considera que el conflicto de reglas jurídicas en un caso particular, una de estas es inválida. Por otro lado, Alexy va a definir los Principios, observando que los:

Principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. Principios son, por consiguiente, mandamientos de optimización, que son caracterizados porque pueden ser satisfechos en grados variados y por el hecho de que la medida debida de su satisfacción no depende solamente de las posibilidades fácticas, y también de las posibilidades jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas colindantes.²⁹

Así, es necesario resaltar que tales se caracterizan por una abertura normativa, que deriva del hecho de que los Principios serán concretizados “en la mayor medida de lo posible”, reforzando esta idea cuando el autor dice que “puedan ser satisfechos en grados variados”. Con todo, estas son construcciones abstractas, aunque contienen valores, y cuando tiene lugar el conflicto entre los Principios, son presentadas las condiciones jurídicas y fácticas, haciendo con que la posibilidad de realización de los Principios resulte de tales condiciones.

Por otro lado, Alexy define las reglas de la siguiente forma: “Son normas que son siempre o satisfechas o no satisfechas. Si una regla vale, entonces, se debe hacer exactamente lo que esta exige; ni más ni menos. Reglas contienen, por lo tanto, determinaciones en el ámbito de aquello que es fáctica y jurídicamente posible.”³⁰

Consecuentemente, se puede observar que las reglas tienen un contenido determinado, lo que lleva al hecho de que, en un caso concreto, podrán o no ser aplicadas. Según Barroso, en el caso de las reglas “la interpretación jurídica consiste en un proceso de silogismo en cuanto a la subsunción de los hechos a la norma: la ley es la premisa mayor, los hechos son la premisa menor y la sentencia es la conclusión.”³¹

A seguir, Alexy observa que “la diferencia entre las reglas y principios se muestra con mayor claridad en los casos de colisiones entre principios y en los conflictos entre reglas”. Porque en caso de conflicto entre las reglas, esto es resuelto por la introducción de la cláusula de excepción o por la declaración de que una de estas es inválida y, por lo tanto, es retirada del

²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 90.

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 91.

³¹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. Nova Interpretação constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003. Disponible en: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Consultado el: 07 set. 2022.

Sistema Jurídico. La cláusula de excepción es la que permite la introducción de otra regla jurídica.³²

Esta é uma diferença com o que Dworkin estabeleceu, para quem a única solução em o conflito entre regras era que uma de estas fosse declarada inválida.³³ Por outro lado, quando haja uma colisão entre Princípios em um caso específico, uno de estos tendrá que prevalecer ante el otro, y el segundo tendrá que ceder. En primer lugar, son incorporadas las Condiciones de Precedencia Concreta, que precisan ser evaluadas ante los dos Principios. Las Condiciones de Precedencia Concretas son constituidas por las condiciones legales y de hecho del caso particular.

Aquí, se aplica la Ley de la Colisión, a través de sopesar los intereses. “El conflicto debe [...] ser resuelto por medio del peso entre los intereses conflictivos. El objetivo de sopesar es definir cuál de los intereses - que abstractamente están en el mismo nivel- tiene mayor peso en el caso concreto.” El principio que cede no pierde su validez, una vez que puede ser aplicado en otro caso específico. Por otro lado, la interpretación de las reglas es hecha por el mecanismo de subsunción, que considera la premisa mayor como la ley, la premisa menor como el caso concreto y la conclusión como la sentencia. Además de esto, son aplicados los principios de la interpretación tradicional. A pesar de que como ya fue demostrado en el caso de los principios, la nueva interpretación relacionada con el mecanismo de sopesar estos.³⁴

Barroso observa que la ponderación es un proceso que tiene tres etapas. En primer lugar, las normas legales que se refieren al caso deben ser verificadas, así como los “fundamentos” legales correspondientes al caso específico deben ser establecidos. En segundo lugar, las condiciones fácticas del caso deben ser verificadas, considerando todos los aspectos del substrato social correspondiente a la situación. En la tercera etapa, se realiza la ponderación, lo que significa que el peso que cada Principio tiene en relación al caso específico es verificado.³⁵

De esta forma, se puede verificar que, en este proceso de la ponderación, en primer lugar, se recurre a la esfera jurídica para establecer las normas legales aplicables. En segundo

³² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

³³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WRF Martins Fontes, 2020.

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 95.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. Nova Interpretação constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Consultado el: 07 set. 2022.

lugar, se recurre al campo fáctico, o sea, a los elementos que constituyen el substrato social del caso específico.

Finalmente, esta nueva actividad interpretativa es llevada a cabo, donde el que aplica la ley debe verificar los pesos de los Principios en el caso específico. Así, en esta última fase, el aplicador de la ley verifica el conjunto normativo y los fundamentos establecidos en la primera fase, considera los aspectos fácticos del caso concreto, y sopesa los Principios, verificando que uno de estos tiene mayor relevancia ante el otro, siendo que este último tiene que ceder.

Es indispensable que se realice la argumentación jurídica, especialmente en el caso de la ponderación. La argumentación jurídica tiene tres aspectos. El primero es que debe ser basado en los aspectos legales, y debe haber motivación. Por consiguiente, “toda y cualquier decisión judicial debe ser motivada en cuanto a los hechos y en cuanto al derecho; pero cuando una decisión judicial envuelve la técnica de la ponderación, el deber de motivar se vuelve más grave”. La motivación concisa no es permitida en los casos de ponderación. “En esas hipótesis, es absolutamente indispensable que el juzgador exponga analítica y expresamente el razonamiento y la argumentación que lo conduzcan a una determinada conclusión”.

El segundo aspecto de la argumentación es “el control de la argumentación”. Ese consiste en que la argumentación jurídica del caso particular pueda ser aplicada a otros casos parecidos. El tercer aspecto es que la argumentación jurídica debe ser orientada por Principios Instrumentales y por Principios Materiales. El autor observa que:

La argumentación asume, muchas veces, un papel decisivo: es que el carácter abierto de muchas normas, el espacio de indefinición de la conducta dejado por los principios y los conceptos indeterminados confieren al intérprete elevado grado de subjetividad. La demostración lógica adecuada del razonamiento desarrollado es vital para la legitimidad de la decisión proferida.³⁶

Con relación al Principio de Proporcionalidad, Alexy observa que:

Hay una conexión entre la teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad. Esta conexión no podría ser más estrecha: la naturaleza de los principios implica la máxima de la proporcionalidad, y esa implica aquella. Hay que afirmar que la naturaleza de los principios implica la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, de la necesidad (mandamiento del medio menos grave) y de la proporcionalidad en sentido estricto (mandamiento del sopesar propiamente dicho), deriva de la

³⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. Nova Interpretação constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003. Disponible en: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Consultado el: 07 set. 2022.

naturaleza de los principios [...]. Proporcionalidad en sentido estricto deriva del hecho de que los principios son mandamientos de optimización ante las posibilidades jurídicas. Ya las máximas de necesidad y de la adecuación derivan de la naturaleza de los principios como mandamientos de optimización ante las posibilidades de hecho.³⁷

Es necesario observar que la “Proporcionalidad es la comparación entre dos o más parámetros, valores o medidas.”³⁸ Debe ser adecuada, necesaria y proporcional en el sentido estricto. Por otro lado, Dworkin hace algunas consideraciones sobre el poder discrecional de los jueces.

Según Dworkin, los casos difíciles son aquellos en que no es posible encontrar una regla legal aplicable a esta situación. En relación con este caso, el juez no tiene poder discrecional para resolver a través de la creación de una regla. En tanto, el juez es obligado a resolver-los, para los cuales debe encontrar “la ley de las partes” y no puede crear ley, a pesar de que para esta situación no exista una regla legal. Así, “los jueces deben buscar una decisión, para el caso concreto, en los principios, estos tenidos como observancia obligatoria en la teoría de Dworkin. Así, no habría creación del derecho por el juez en el ejercicio de su poder discrecional, ya que este no posee competencia para tanto, habiendo a penas la descubierta por él de cuál es el derecho”.³⁹

Dworkin considera que el ordenamiento jurídico “es un sistema integrado”, observando que está constituido por reglas y Principios. Con relación al concepto de Poder Discrecional, es relevante observar que en referencia a los Principios Dworkin considera que “en el caso de los principios, ya que estos no estipulan algo determinado, ellos establecen a penas una razón que va a conducir el argumento en una determinada dirección”.

En este sentido, Dworkin observa que: “Todo lo que pretendemos decir, al afirmar que un principio particular es un principio de nuestro derecho, es que este, si fuera relevante, debe ser llevado en cuenta por las autoridades públicas, como (se fuese) una razón que inclina en una u otra dirección”. Así, Dworkin observa que el orden jurídico está constituido por Reglas y Principios. Los principios pueden ser explícitos o implícitos. Consecuentemente, no habría lugar para el poder discrecional del juez en un caso difícil puede recurrir a la aplicación de principios,

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

³⁸ CHADID, Ronaldo. O princípio da proporcionalidade no exercício do poder sancionatório dos tribunais de contas. *Silo.Tips*, 22 de maio de 2017. Disponible en: <https://silo.tips/download/o-principio-da-proporcionalidade-no-exercicio-do-poder-sancionatorio-dos-tribuna>. Consultado el: 07 set. 2022.

³⁹ CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. O Pós-Positivismo como Pressuposto Filosófico do Neoconstitucionalismo. *Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 127-148, jul./dez. 2016.

actuando dentro del sistema jurídico, porque los jueces no pueden “crear nuevos derechos”, aunque a penas aplicar-los. El juez debe “descubrir el derecho de las partes”, actuando dentro del sistema legal.⁴⁰

Con relación al poder discrecional, Dworkin observa que este puede ser débil o fuerte, siendo este último considerado por algunos positivistas y rechazado por Dworkin, siendo defendido el poder discrecional débil. Porque este último es delimitado, y hace al juez buscar una solución dentro del sistema legal. En este sentido, Dworkin considera que

[...] parece que los positivistas, por lo menos algunas veces, entendieron su doctrina en el tercer sentido, el sentido fuerte del poder discrecional. En este sentido, este no tiene relevancia para el análisis de los principios, [...]. Es lo mismo que decir que, cuando un juez agota las reglas a su disposición, el posee el poder discrecional, en el sentido de que él no está obligado por cualquier padrón derivado de la autoridad de la Ley. O para decir de otro modo: los padrones jurídicos que no son reglas y son citados por los jueces no imponen obligaciones a estos.⁴¹

Refiriendo-se a uno de los conceptos del poder discrecional débil, Dworkin observa que el concepto de poder discrecional implica que “cuando alguien es en general encargado de tomar decisiones de acuerdo con padrones establecidos por una determinada autoridad [...] el poder discrecional no existe a no ser como un espacio vacío, circundado por una faja de restricciones”. Por otro lado, el autor establece otro significado del poder discrecional débil “por alguna razón, los padrones que una autoridad pública debe aplicar no pueden ser aplicados mecánicamente, pero exigen el uso de la capacidad de juzgar”.

En el sentido fuerte, Dworkin observa el caso de un funcionario público diciendo que “no sea libre para decidir sin recurrir a padrones de buen sentido y equidad, pero a penas que su decisión no es controlada por un padrón formulado por la autoridad particular que tenemos en mente cuando colocamos la cuestión del poder discrecional.”⁴²

Dworkin observa que el positivismo “argumenta que, se un caso no fuese regido por una regla establecida, el juez debe decidir-lo, ejerciendo su poder discrecional.” Estas posiciones establecen el grado de poder discrecional del juez. Dworkin se opone, porque este poder se torna tan grande al punto de ser desvinculado del sistema legal, lo que es justamente

⁴⁰ BITENCOURT, Caroline; REUSCH, Patrícia Thomas. A textura aberta da norma e a discricionariedade judicial na tomada de decisão na concepção de H. L. Hart: a crítica de Dworkin e a resposta de Hart. In: II Coloquio de Ética, Filosofia Política e Direito. *Anais do [...]*. Santa Cruz do Sul, 2005. Disponible en: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/efpd/article/view/13246>. Consultado el: 07 set. 2022.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WRF Martins Fontes, 2020, p. 54.

⁴² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WRF Martins Fontes, 2020, p. 53.

cuestionado. Esto significa que el juez tiene un poder tan amplio para decidir que puede ir más allá de la Ley. Dworkin considera que es necesario establecer límites a este poder discrecional porque se trata de crear reglas, lo que es totalmente negado por el autor a lo largo de su teoría.

Para concluir, es necesario observar que las premisas que caracterizan el Pospositivismo, observadas por Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e Guilherme Pereira Dolabella Bicalho, bien como las que caracterizan el Neoconstitucionalismo, consideradas por Barroso, son las mismas.

Continuando con esas premisas apoyadas por estos autores que ya fueron analizadas, una vez que constituyen las características del Pospositivismo y del Neoconstitucionalismo. En este sentido, los autores reconocen como características del pospositivismo:

- a) la abertura valorativa del sistema jurídico y, sobre todo, de la Constitución;
- b) tanto principios como reglas son considerados normas jurídicas;
- c) la Constitución pasa a ser el locus principal de los principios; y
- d) el aumento de la fuerza política del Poder Judicial frente a la constatación de que el intérprete crea norma jurídica.⁴³

Las dos primeras ya fueron analizadas al considerar la teoría de Alexy, bien como la segunda parte de la última, refiriendo-se a la nueva interpretación introducida por aquel autor. Entretanto, Barroso considera que las características del Neoconstitucionalismo son:

- a) el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución;
- b) la expansión de la jurisdicción constitucional;
- c) el desarrollo de una nueva dogmática de interpretación constitucional.⁴⁴

Esta última hace parte de lo que fue sostenido por los autores anteriormente mencionado y ya analizado. Vale la pena cuestionar donde se encuentran los Principios en el sistema jurídico. Pueden estar dispersos en leyes infra constitucionales, aunque están principalmente contenidos en la Constitución. Así es importante resaltar que "la Constitución se

⁴³ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. O atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011. Disponible en: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>. Consultado el: 16 feb. 2022.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo - O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Migalhas*, 3 de maio de 2006. Disponible en: <https://www.migalhas.com.br/depeso/24089/neoconstitucionalismo---o-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>. Consultado el: 07 oct. 2022.

torna el principal locus de los principios"⁴⁵, bien como el "reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución."⁴⁶

Con relación a lo primero, debe ser dicho que la Constitución es la Carta Magna del Estado Constitucional Democrático. De esta derivan las leyes infra constitucionales, y en estas están contenidos los Derechos Fundamentales de la persona, bien como la dignidad, siendo que todos estos están en los Principios. Por lo tanto, el neoconstitucionalismo considera la Constitución como el principal objeto de análisis.

En cuanto a esto último, el neoconstitucionalismo reconoce la fuerza normativa de la Constitución, una vez que ya no se trata de un simple documento, pero le es atribuida la aplicabilidad directa de sus normas jurídicas, una vez que estas contienen los Derechos Fundamentales derivados de la dignidad que precisan tornarse efectivos por su propia naturaleza y por su fundamento en la dignidad humana, que es un axioma que no precisa ser demostrado.

El tempo en que la Constitución era a penas un conjunto de reglas que limitaban los poderes del Estado pasó, porque el concepto de Estado de Derecho maduró. Así, lo que es importante hoy es que la Constitución contiene los Derechos Fundamentales.⁴⁷

Por otro lado, se puede observar que la premisa del neoconstitucionalismo establecida por los autores "el aumento de la fuerza política del Poder Judicial frente a la percepción de que el intérprete crea normas legales"⁴⁸ puede ser dividida en las dos últimas premisas observadas por Barroso, en el sentido: "b) de la expansión de la jurisdicción constitucional; c) del desarrollo de un nuevo dogma de interpretación constitucional."⁴⁹

⁴⁵ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. O atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011. Disponible en: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>. Consultado el: 16 feb. 2022.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo - O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Migalhas**, 3 de maio de 2006. Disponible en: <https://www.migalhas.com.br/depeso/24089/neoconstitucionalismo---o-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>. Consultado el: 07 oct. 2022.

⁴⁷ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. **Isonomía**, Alicante, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

⁴⁸ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. O atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011. Disponible en: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>. Consultado el: 16 feb. 2022.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo - O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Migalhas**, 3 de maio de 2006. Disponible en: <https://www.migalhas.com.br/depeso/24089/neoconstitucionalismo---o-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>. Consultado el: 07 oct. 2022.

Así, en relación con la expansión de la jurisdicción constitucional, se puede decir que esto es fundamental en el proceso de reconocimiento efectivo de los Derechos Fundamentales, porque ¿cómo podría esto ser hecho sin la acción del poder judicial? A partir de allí, surgió una nueva interpretación porque la tradicional ya no era suficiente para la comprensión de la incorporación de los Principios como mandamientos imperativos, que ya fue analizado al considerar la teoría de Alexy.

CONCLUSIÓN

El reconocimiento del pospositivismo y específicamente del neoconstitucionalismo enriquecen el ordenamiento jurídico pues traen los valores contenidos en los principios, dándoles aplicación directa a través de la nueva interpretación establecida por Alexy. De tal forma, establecen una relación entre el derecho y la moral, pues introducen al ordenamiento los valores. La base de estos principios es realización de la dignidad humana, la cual hace que surja la necesidad de que tales principios tengan una aplicación directa.

De tal forma, según Alexy el ordenamiento jurídico está compuesto por reglas y principios, siendo que las primeras se interpretan a través de la subsunción, mientras que los segundos se interpretan a través de la Ley del sopesamiento. Esto último significa que en el caso de que haya un conflicto entre dos principios, considerando las condiciones fácticas y jurídicas que realizará el sopesamiento de tales principios, siendo aplicado aquel principio que tenga más peso ante la situación representada, y el otro principio precisa ceder. Aunque esto no significa que el principio que cede pierda validez, porque este segundo principio podrá ser aplicado ante una situación diferente.

Otro aspecto que es fundamental es que en los casos que se aplican los Principios, la decisión del juez debe ir acompañada de una argumentación jurídica que justifique la aplicación de un principio o de otro.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo - O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Migalhas**, 3 de maio de 2006. Disponible en:
<https://www.migalhas.com.br/depeso/24089/neoconstitucionalismo---o-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>. Consultado el: 07 oct. 2022.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. Nova Interpretação constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Consultado el: 07 set. 2022.

BITENCOURT, Caroline; REUSCH, Patrícia Thomas. A textura aberta da norma e a discricionariedade judicial na tomada de decisão na concepção de H. L. Hart: a crítica de Dworkin e a resposta de Hart. In: II Coloquio de Ética, Filosofia Política e Direito. **Anais do [...]**. Santa Cruz do Sul, 2005. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/efpd/article/view/13246>. Consultado el: 07 set. 2022.

BITTAR, Eduardo. **Curso de ética jurídica: ética geral e ética profissional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. O Pós-Positivismo como Pressuposto Filosófico do Neoconstitucionalismo. **Teorias do Direito e Realismo Jurídico**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 127-148, jul./dez. 2016.

CHADID, Ronaldo. O princípio da proporcionalidade no exercício do poder sancionatório dos tribunais de contas. **Silo.Tips**, 22 de maio de 2017. Disponível em: <https://silo.tips/download/o-principio-da-proporcionalidade-no-exercicio-do-poder-sancionatorio-dos-tribuna>. Consultado el: 07 set. 2022.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. **Isonomía**, Alicante, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WRF Martins Fontes, 2020.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. O atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>. Consultado el: 16 feb. 2022.

GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3319, 2 ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22345>. Consultado el: 26 mar. 2022.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos: um diálogo com Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LUCHINO, María de las Mercedes Rodríguez Fontán. **Hacia la Construcción de un régimen jurídico internacional de los Desplazados Ambientales Forzados o de los Refugiados Ambientales**. Tesis (Doctorado en Derecho). Universidad Nacional de La Plata. La Plata, 2018.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PONTES DE MIRANDA. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Tomo III. Campinas: Bookseller, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. **Introducción al Derecho**. Madrid: Ediciones Pirámide, 1988.

SILVA, Alexandre Garrido da. Legitimação discursiva dos Direitos Humanos e da constituição: Perspectivas teóricas e limites práticos. In: XIV Congresso Nacional do CONPEDI. **Anais do [...]**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponible en:
<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/163.pdf>
Consultado el: 07 set. 2022.

SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 192, p. 95-109, out./dez. 2011. Acceso en:
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242932>. Consultado el: 07 ene. 2022.

Artigo convidado estrangeiro

COMO FAZER REFERÊNCIA AO ARTIGO (ABNT):

LUCHINO, María de las Mercedes Rodríguez Fontán. Principios en el pospositivismo y en el neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 16, n. 3, e71645, set./dez. 2021. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369471645>. Disponível em:
<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/71645>. Acesso em: dia mês. ano.

Direitos autorais 2021 Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM

Editores responsáveis: Rafael Santos de Oliveira, Angela Araujo da Silveira Espindola e Bruna Bastos



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

SOBRE A AUTORA

MARÍA DE LAS MERCEDES RODRÍGUEZ FONTÁN LUCHINO

Soy Doctora en Derecho (Universidad Nacional de La Plata) Magister en Derecho (Universidade Católica de Santos) Actualmente, soy Profesora Titular de Catedra de Derecho Ambiental, Derechos Humanos y Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la universidad Siglo 21, de Argentina. Tengo dos grupos de pesquisa, uno denominado "refugiados ambientales" y el otro "Leyes de Presupuestos Mínimos Ambientales". Además, he publicado diversos libros, los últimos son "las leyes de Presupuestos Mínimos sobre Residuos" y el otro "Legislación sobre Áreas de Protección". También tengo libros publicados, Refugiados Ambientales, tomo I, y tomo II. También trabajé como coordinadora del curso del Centro de Derecho TCC. Además, trabajé cooperando con el Coordinador del Curso y participando en el proceso de evaluación del Curso de Derecho. Fui profesora de Introducción al Derecho, Teoría General del Estado y Ciencia Política, Filosofía del Derecho, Metodología Científica, Ética y Hermenéutica, Derecho Ambiental, Derecho Constitucional I y III, Derecho Patrimonial, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones; en Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Privado, Organizaciones Internacionales y Teoría de las Relaciones Internacionales.