

## Constitucionalismos en clave trialista\*

Por María I. Dabove

### 1. Introducción

El constitucionalismo ha sido definido por la profusa doctrina actual de muy diversos modos. Por eso, como nos advierte Luis Prieto Sanchís, “está justificado hablar de constitucionalismos, en plural”. Así, con esta expresión podemos referirnos al menos a cuatro significados no necesariamente vinculados entre sí<sup>1</sup>. Primero, el término alude a una filosofía política, aquélla que considera que el Estado constitucional contemporáneo representa la forma óptima (o la menos mala) de organización política (régimen de justicia o doctrina del Estado justo)<sup>2</sup>. Segundo, se refiere a una filosofía del derecho (o filosofía jurídica mayor<sup>3</sup>). Este enfoque se considera que cualquier constitucionalismo es un emergente de los modos de producción y de la cultura pre-valetientes, e indaga acerca de su sentido en el plano del devenir histórico. Tercero, nuestro concepto alude a una teoría del derecho (o filosofía jurídica menor<sup>4</sup>). Desde esta perspectiva se intenta suministrar el marco interpretativo que mejor explica el particular modo de ser de los actuales sistemas jurídicos constitucionalizados<sup>5</sup>. Por último, el término puede exteriorizar un modelo tecnológico jurídico, aquel que habilita el diseño y la producción de herramientas iusfundamentales adecuadas para su implementación institucional<sup>6</sup>.

En este trabajo nos vamos a centrar en el estudio de las perspectivas segunda y tercera del constitucionalismo, atendiendo al marco de análisis que ofrece la teoría trialista del Derecho elaborada por Werner Goldschmidt y ampliada por Miguel Ángel Ciuro Caldani<sup>7</sup>. Para este particular enfoque, cualquier fenómeno jurídico puede ser comprendido como un objeto cultural, situado y construido históricamente, lo cual nos

---

\* Extraído del artículo publicado en “Revista de Investigações Constitucionais”, vol. 8, nº 3, 2021, p. 707 a 729. [Bibliografía recomendada](#).

<sup>1</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica*, en Gascón Abellán, Marina (coord.), “Argumentación Jurídica”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 17 a 71.

<sup>2</sup> Prieto Sanchís, *Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica*, en Gascón Abellán (coord.), “Argumentación Jurídica”, p. 18.

<sup>3</sup> Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1987, p. 5 a 8 y 37 a 40.

<sup>4</sup> Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 8 a 18.

<sup>5</sup> Prieto Sanchís, *Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica*, en Gascón Abellán (coord.), “Argumentación Jurídica”, p. 17 a 19.

<sup>6</sup> Dabove, María Isolina, *El derecho como complejidad de saberes diversos*, “Ideas y Derecho”, nº 3, p. 95 a 116, 2003; Prieto Sanchís, *Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica*, en Gascón Abellán (coord.), “Argumentación Jurídica”, p. 17 a 71.

<sup>7</sup> Acerca de la teoría trialista que tomamos como marco teórico de este trabajo puede verse: Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 30; Ciuro Caldani, Miguel Á., *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 3; Ciuro Caldani, Miguel Á., *Metodología jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Rosario, Zeus, 2007, p. 5.

llevará a desarrollar una “iusfilosofía mayor”<sup>8</sup>. También permite analizarlo en su calidad de sistema, con estructura y funcionamiento propios, en cuyo caso haremos “filosofía jurídica menor o teoría del derecho”<sup>9</sup>. No obstante, es importante señalar que ambos tienen en común la asunción de un mismo presupuesto epistemológico: la complejidad de lo jurídico. De modo tal que estas lecturas están atravesadas por una condición metodológica: la postulación del carácter tridimensional del constitucionalismo, cuyas dimensiones se expresan en adjudicaciones y normas que atienden a la realización del sentido de justicia pretendido<sup>10</sup>.

Bajo estas coordenadas interpretativas, el constitucionalismo es un fenómeno jurídico caracterizado por tres componentes. Una dimensión ius-sociológica, en cuyo seno se destaca la presencia del poder adjudicatario del constituyente por encima de la voluntad del legislador<sup>11</sup>. Una dimensión normológica, que nos muestra la vigencia y preeminencia de la Constitución y de los derechos fundamentales en todo el ordenamiento jurídico y en la vida social. Una dimensión dikelógica o valorativa, representada por la adopción de principios elásticos, o mandatos de optimización, que exigen su cumplimiento en la mayor medida posible en los casos concretos sometidos a juzgamiento<sup>12</sup>.

Entre los aspectos dinámicos, en cambio, la teoría trialista de Werner Golschmidt permite observar que el constitucionalismo actual otorga mayor protagonismo a los jueces a la hora de establecer el contenido específico de lo jurídico (dimensión ius-sociológica)<sup>13</sup>, e instaura un sistema de control judicial de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes fundado en razones dikelógicas<sup>14</sup>.

En síntesis, para este enfoque, el constitucionalismo es un campo homogéneo, una trama, tejida por componentes heterogéneos<sup>15</sup>. Es, por tanto, un sistema,

<sup>8</sup> Golschmidt, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 5 a 8 y 37 a 40.

<sup>9</sup> Golschmidt, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 8 a 18.

<sup>10</sup> Golschmidt, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 30; Ciuro Caldani, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, p. 3; Ciuro Caldani, *Metodología jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, p. 5.

<sup>11</sup> “La Constitución que rige en el Estado Constitucional de Derecho, tiene atribuido caracteres y asume ciertos roles, que no necesariamente están presentes en las leyes supremas de los Estados de Derecho del siglo XIX”. Prieto Sanchís, Luis, *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002, p. 32.

<sup>12</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 82 a 87; Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 53; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 75 a 110.

<sup>13</sup> Chaumet, Mario - Meroi, Andrea, *¿Es el Derecho un juego de los jueces?*, LL, 2008-D-717; Meroi, Andrea, *Iura novit curia y decisión imparcial*, “Ius et Praxis”, Talca, año 13, n° 2, 2007, p. 379 a 390.

<sup>14</sup> Amaya, Jorge A., *Control de constitucionalidad*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 2015, p. 1 a 25; Amaya, Jorge A., *Democracia y minoría política*, Bs. As., Astrea, 2014; Midón, Mario A., *Control de convencionalidad*, Bs. As., Astrea, 2016, p. 2 a 33.

<sup>15</sup> Wagensberg, Jorge, *Ideas sobre la complejidad del mundo*, 3ª ed., Barcelona, Tusquet, 1985, p. 4; Lewin, Roger, *Complejidad. El caos como generador del orden*, trad. Juan Gabriel López Giux,

resultante de las relaciones que se establecen entre elementos diversos: específicos por sus propiedades y determinados por sus funciones<sup>16</sup>. Las secciones que siguen están destinadas a reflexionar sobre la consistencia de estas afirmaciones.

## 2. Contexto de descubrimiento

Como ya lo anunciamos, desde el marco de la filosofía del derecho mayor, el constitucionalismo es fruto de un recorrido que puede leerse en clave tridimensional.

En el marco ius-sociológico, un lugar relevante lo ocupan los factores de poder, acuerdos y costumbres que dieron lugar al preeminente plan de gobierno que pone en marcha este modelo<sup>17</sup>. Del plano normológico se destaca la impronta del proceso de positivación de los derechos humanos, que habilitó la incorporación de fuentes formales consagratorias de principios y reglas centrales del sistema<sup>18</sup>. La jurística dikelógica, en cambio, muestra la importancia que han tenido los nuevos criterios de justicia<sup>19</sup>. En especial, de aquellos que han permitido identificar las condiciones sociales y normativas de vulnerabilidad y las posibilidades concomitantes de empoderamiento de los grupos más desventajados, con más claridad que en otros tiempos.

Junto a ello, la dinámica del constitucionalismo ha generado la existencia de un sistema jurídico abierto que hoy funciona como un espacio fluctuante y homeostático, de autorregulación. En efecto, sus componentes tridimensionales interactúan de manera simultánea, dialéctica y complementaria en dos planos diversos<sup>20</sup>. De un lado, lo hacen en el marco de un proceso adaptativo que genera cambios e integración jurídica en caso de lagunas normativas, tal como fue ocurriendo en la edad contemporánea a partir de la codificación. Por otro, en su dinámica se observa también el desarrollo de procesos operativos de defensa y estabilización jurídica, tal como parece mostrar el constitucionalismo de este tiempo por vía del aparato judicial<sup>21</sup>.

a) Orígenes: el constitucionalismo actual es fruto del denominado “estado de derecho legislativo” en sentido estricto. Este primer constitucionalismo nació con la

---

Barcelona, Tusquet, 1995; Morin, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, trad. Marcelo Pakman, Barcelona, Gedisa, 2007, p. 7.

<sup>16</sup> Grün, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del Derecho*, Bs. As., Dunken, 2004, p. 6.

<sup>17</sup> Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 43 a 115; Ciuro Caldani, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, p. 58 a 64.

<sup>18</sup> Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 195 a 345; Ciuro Caldani, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, p. 65 a 77.

<sup>19</sup> Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 369 a 496; Ciuro Caldani, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, p. 77 a 93.

<sup>20</sup> Como advierte el profesor Ciuro Caldani todas las tareas son necesarias para el cabal funcionamiento del Derecho, en tanto todas se alimentan recíprocamente, en lo que podría llamarse una dialéctica de la complementariedad (*La complejidad del funcionamiento de las normas*, “La Ley”, 27 de febrero de 2008, disponible en [www.laleyonline.com.ar/app/laley/laley/main](http://www.laleyonline.com.ar/app/laley/laley/main)).

<sup>21</sup> Grün, *Una visión sistémica y cibernética del Derecho*, p. 61; Canaris, Claus-Wilhelm, *El sistema en la jurisprudencia*, trad. Juan Antonio J. A. García Amado, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 15; Luhmann, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. Ignacio de Otto y Pardo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 11.

consolidación de los Estados modernos de la edad contemporánea y dio lugar a dos sistemas jurídicos identificables entre sí. Uno de corte liberal, instaurado por la revolución francesa y la americana de fines del siglo XVIII. El segundo, de contenido social, cuyas representaciones más claras las encontramos en la Constitución mexicana de 1917 y en la alemana de 1919.

No obstante, ambos modelos tuvieron en común el hecho de colocar en el eje del sistema al poder del legislador, a su fuente más querida, la codificación, y a los principios generales del derecho y la equidad como criterios indeterminados de justificación jurídica<sup>22</sup>.

b) Escenario latinoamericano: ahora bien, el final de las guerras mundiales, la configuración de Naciones Unidas, de los sistemas regionales y de la internacionalización de los derechos humanos, junto a la clausura de los gobiernos de facto latinoamericanos, habilitaron una nueva etapa en el desarrollo de este modelo, dando lugar a un constitucionalismo más extenso y fuerte que el anterior. Entre los primeros países en consagrarlo cabe mencionar a Italia mediante su Carta Magna de 1947, a Alemania, con la Ley Fundamental de 1949, o a España con la de 1978. En Latinoamérica, este proceso se hizo visible con las reformas constitucionales de finales de los años ochenta, tal como sucedió en Uruguay, Brasil, Chile, Argentina, Colombia o más recientemente en Bolivia, con su Constitución de 2009<sup>23</sup>. Aunque en cada uno de estos países las reformas se debieron a circunstancias políticas muy diversas entre sí, que dieron lugar a constituciones claramente diferenciables<sup>24</sup>.

No obstante, y tal como Robert Alexy nos recuerda, a consecuencia de este fenómeno el Derecho quedó organizado sobre el “valor en vez de la norma; la ponderación en vez de la subsunción; la omnipresencia de la Constitución en vez de la independencia del Derecho ordinario; y la omnipotencia judicial apoyada en la Constitución en lugar de la autonomía del legislador”<sup>25</sup>.

Más aún, la adopción de este nuevo concepto de Estado fue generando la confusión de las fronteras tradicionalmente vigentes entre la Constitución y el derecho privado<sup>26</sup>. Motivó el aumento de los requerimientos de los operadores jurídicos para que el juez iusprivatista formule una lectura constitucional de las cuestiones

<sup>22</sup> Carbonell, Miguel, *Sobre constitucionalismo y positivismo de Luis Prieto Sanchís*, “Isonomía”, n° 8, abr. 1998, p. 207 a 209.

<sup>23</sup> “En particular, el que pudiéramos llamar sustrato común a todo neoconstitucionalismo es justamente el Estado constitucional de Derecho, que se desarrolla principalmente en Europa a partir de la Segunda Guerra Mundial, así como en algunos países iberoamericanos durante la última década del siglo pasado, aunque desde luego tampoco resulta extraño a la tradición norteamericana; al contrario, muchos elementos de esa tradición se han incorporado al diseño del nuevo modelo”. Prieto Sanchís, *Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica*, en Gascón Abellán (coord.), “Argumentación Jurídica”, p. 18.

<sup>24</sup> Gargarella, Roberto, *Lo “viejo” del “nuevo” constitucionalismo latinoamericano*, disponible en: [https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15\\_Gargarella\\_CV\\_Sp.pdf](https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15_Gargarella_CV_Sp.pdf); Gargarella, Roberto - Niembro Ortega, Roberto (coord.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas: Un homenaje a Mark Tushnet*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

<sup>25</sup> Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge Malem Seña, Barcelona, Gedisa, 1994, p. 160; Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, p. 15.

<sup>26</sup> Arce y Flores-Valdes, Joaquín, *El derecho civil constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, p. 21; García Torres, Jesús - Jimenez Blanco, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1986, p. 15.

planteadas en sus jurisdicciones. Incluso, el propio derecho privado fue incorporando para sí el recurso a los principios y su método de aplicación: el juicio de ponderación, razonabilidad, o proporcionalidad<sup>27</sup>. Pero también se hizo exigible la aplicación máxima de los derechos humanos constitucionalmente receptados, bajo la condición de respetar, al mismo tiempo, el orden público, la moral y las exigencias igualmente fundamentales de los demás derechos en juego<sup>28</sup>.

En el caso argentino, este modelo fue consagrado por la reforma constitucional de 1994, que permitió incorporar los principales Tratados, Convenciones y Declaraciones internacionales y regionales de derechos humanos al llamado bloque de constitucionalidad (art. 75, inc. 22). También provocó la constitucionalización del derecho privado, sobre todo en relación con los derechos de las personas situadas en contextos vulnerables<sup>29</sup>, y así fue estipulado en el art. 1° del Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde el 1 de agosto de 2015<sup>30</sup>.

### 3. Contexto de justificación

La teoría del derecho trialista permite sostener la tesis del carácter pluridimensional del constitucionalismo, habilitando con ello el desarrollo de lo que Werner Goldschmidt denominó “jurística o filosofía jurídica menor”. En este apartado vamos a tratar de corroborar la consistencia de estas afirmaciones, a partir del análisis de su estructura y funcionamiento hecho desde el punto de vista de un operador interno.

Así, el constitucionalismo puede ser definido como un orden de repartos vertical, o plan de gobierno, contenido en un ordenamiento normativo, que pone en marcha la realización de un modelo de Estado justo que resulte humanista. El orden hace referencia al plano sociológico del fenómeno estudiado. Su recepción en el ordenamiento denota la existencia de una dimensión normológica. En tanto que, las

<sup>27</sup> Ciuro Caldani, Miguel Á., *El capítulo “Derecho” en el Código Civil y Comercial*, “Investigación y Docencia”, n° 49, 2015, p. 63 a 94; Ariza, Ariel, *Emergencia y sistema de Derecho Privado*, “Jurisprudencia Argentina”, 23 de abril de 2003, p. 1 a 58; Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad*, Bs. As., Ábaco, Universidad Austral, 2004, p. 5.

<sup>28</sup> “Así, por ejemplo, en un Estado que sea verdaderamente constitucional, todas las personas deben gozar de la libertad y la igualdad en la mayor medida posible. De modo tal que, los límites que el Estado quiera imponer a la libertad o la igualdad de una persona deben estar justificada en una razón válida y razonable. Caso contrario, el límite impuesto por el Estado deviene inconstitucional”. Dabove, María Isolina - Barbero, Daniel O., *Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección: nuevas razones para la acción en favor de los derechos de los grupos vulnerables*, “Revista del Instituto de Derecho e Integración”, n° 1, 2009, p. 13 a 46.

<sup>29</sup> Irti, Natalino, *La edad de la descodificación*, trad. Luís Rojo Ajuria, Barcelona, Bosch, 1992, p. 63. En igual sentido: Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón Abellán, 10ª ed. Madrid, Trotta, 2011, p. 40, ha expresado que “la ley, un tiempo medida de todas las cosas en el campo del Derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de mediación”; Ciuro Caldani, Miguel Á., *Líneas problemáticas del derecho civil de nuestro tiempo*, Rosario, “Investigación y Docencia” n° 42, 2000, p. 9 a 28; Mantilla Espinosa, Fabricio, *La constitucionalización del derecho privado*, Lima, “Revista Oficial del Poder Judicial”, vol. 2, n° 2, 1 de febrero de 2007, p. 245 a 262.

<sup>30</sup> “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

pretensiones especiales de justicia son indicadores del componente valorativo o “dikelógico”, de este sistema.

a) Nuevo orden social, nuevos repartos de poder y de alianzas estratégicas: la dimensión sociológica del constitucionalismo nos lleva a identificar hechos jurídicamente relevantes que la teoría trialista denomina adjudicaciones<sup>31</sup>. Se trata de acciones y de situaciones que tienen la particularidad de afectar, positiva o negativamente, la vida de cada ser humano o la de algún colectivo. Las adjudicaciones que provienen de personas determinadas se conocen como repartos. Las situaciones causadas por la naturaleza, el azar o las llamadas fuerzas humanas difusas son en cambio distribuciones. Ya se trate de repartos o de distribuciones, las adjudicaciones modifican la realidad social y hacen circular potencia e impotencia –es decir, ventajas o desventajas– para el desarrollo material de la vida. De esta forma, el constitucionalismo se configura cada vez que algún operador efectúa un reparto de potencia e impotencia, que abrirá o cerrará posibilidades de expansión del ser de cada cual.

Por otra parte, en cada reparto se puede actuar como repartidor o beneficiario. Cabe distinguir su objeto (potencia e impotencia), la forma (negociación, adhesión, proceso e imposición) que permita su constitución, las razones (móviles, razones sociales y razones alegadas) que le dan sentido, las modalidades o clases (repartos autoritarios basados en el poder; o autónomos, fundados en los acuerdos) y los límites (necesario y voluntarios) presentes en cualquier adjudicación<sup>32</sup>.

En este sentido, la teoría trialista observa que el constitucionalismo está basado tanto en repartos autónomos, como en repartos autoritarios. Los primeros alimentan los acuerdos y alianzas estratégicas requeridos por la propia democracia deliberativa que sostiene su implementación. Los segundos provienen de los repartidores poderosos que se erigen en garantes del sistema. Un ejemplo de esta afirmación lo encontramos en el reparto que efectúa todo legislador al aprobar o desechar la incorporación de algún instrumento de derechos humanos, o bien, el del Poder Ejecutivo, con el desarrollo de las políticas públicas concomitantes. Pero el caso aún más emblemático es el de los jueces del sistema, ya que este tipo de régimen impone como condición sine qua non de existencia, su extensa y clara participación<sup>33</sup>.

Desde el punto de vista macro jurídico, el constitucionalismo expresa un tipo específico de organización social prevaleciente: el plan de gobierno en marcha<sup>34</sup>. En efecto, este orden de repartos (vertical) se caracteriza por la presencia de dos rasgos centrales. Indica, por un lado, quienes son los repartidores poderosos principales del sistema (supremos repartidores). De otro, establece también los criterios fundamentales de reparto. Como lo señalamos con anterioridad, el cambio social más enfático que introduce este modelo respecto del Estado de Derecho legislativo es el claro protagonismo de los jueces de este tiempo. De ellos se espera hoy que dejen de ser “la

---

<sup>31</sup> Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 43 a 115; Ciuro Caldani, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, p. 58 a 64.

<sup>32</sup> Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 47 a 81.

<sup>33</sup> Chaumet, Mario - Meroi, Andrea, *¿Es el Derecho un juego de los jueces?*, LL, 2008-D-717.

<sup>34</sup> Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 83 a 89.

boca de la ley”, para actuar como creadores explícitos del derecho con cada una de sus sentencias<sup>35</sup>.

b) Derechos humanos: su instrumento de positivación. Desde el punto de vista normológico, el constitucionalismo se configura a partir de la incorporación jerarquizada de los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos al derecho interno<sup>36</sup>. A este proceso Luis Prieto Sanchís lo denominó: “fuerza normativa y rematerialización constitucional”, en virtud del ingreso de principios y reglas normativas que exigen su cumplimiento en la máxima medida posible<sup>37</sup>.

Este modelo introduce también modificaciones importantes a la moderna teoría de las fuentes, e incorpora nuevos criterios y tareas para garantizar su funcionamiento. Así, en este ámbito, la teoría trialista propone abocarnos al estudio de los elementos que componen la legalidad y validez del mundo jurídico, tanto como a la comprensión de su costado activo o funcionamiento sistémico<sup>38</sup>.

Con relación a las fuentes jurídicas, el constitucionalismo actual ha puesto en crisis el peso de la ley como centro del sistema, enviándola a un segundo plano cercano a la incertidumbre<sup>39</sup>. Dicho de otro modo, en este marco la ley expresa las combinaciones posibles entre los principios constitucionales y se configura como derecho particular y contingente, expresión temporal de una mayoría pasajera<sup>40</sup>. Así, en el “en el contexto de una constitución concebida como norma suprema dotada de un denso contenido sustantivo, su validez y aplicabilidad puede ser siempre cuestionada y sometida a revisión”<sup>41</sup>.

El constitucionalismo de este tiempo ha transformado también las tareas tradicionalmente requeridas para el funcionamiento jurídico. Entre otras, un lugar destacado lo ocupa el reconocimiento del caso y de las fuentes aplicables. A la interpretación literal, histórica y sistemática decimonónica se le agrega el desarrollo de un trabajo fino de ponderación de todos los elementos en juego. Requiere la aplicación

<sup>35</sup> Como nos recuerda Prieto Sanchís, *Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica*, en Gascón Abellán (coord.), *Argumentación Jurídica*, p. 23: “No es necesario añadir el protagonismo que con todo ello cobran los jueces, que de mudos ejecutores de la ley se han convertido en instancias críticas de la voluntad legislativa a partir de una interpretación constitucional que, como se verá, tiene mucho que ver con el razonamiento moral”.

<sup>36</sup> Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 195 a 345; Ciuro Caldani, Miguel Á., *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 65 a 77.

<sup>37</sup> Prieto Sanchís, *Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica*, en Gascón Abellán (coord.), *Argumentación Jurídica*, p. 18 a 20.

<sup>38</sup> Dabove, María Isolina, *Argumentación jurídica y eficacia normativa: problemáticas actuales del funcionamiento del derecho*, “Dikaion”, vol. 24, n° 1, p. 36 a 65, jun. 2015.

<sup>39</sup> Prieto Sanchís, *Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica*, en Gascón Abellán (coord.), *Argumentación Jurídica*, p. 28; Laporta, Francisco J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, p. 159 “el parámetro constitucional... se ha tornado tan omnipresente y operante que las leyes han sido enviadas a un segundo plano y su validez misma ha sido desplazada a un terreno cercano a la incertidumbre”, lo que determina que “la ley esté en permanente interinidad y en posición subalterna”.

<sup>40</sup> Prieto Sanchís, *Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica*, en Gascón Abellán (coord.), *Argumentación Jurídica*, p. 28; Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón Abellán, 10 ed., Madrid, Trotta, 2011, p. 97.

<sup>41</sup> Prieto Sanchís, *Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica*, en Gascón Abellán (coord.), *Argumentación Jurídica*, p. 28.

de criterios de razonabilidad y proporcionalidad a la hora de establecer la decisión. Pero además exige el desarrollo de una sustanciosa argumentación que justifique de manera consistente la decisión que se adopte para el caso<sup>42</sup>.

c) Componentes valorativos: la comprensión del constitucionalismo supone, por último, el reconocimiento de una dimensión valorativa que le es constitutiva<sup>43</sup>.

Conlleva la aceptación de la exigencia de corrección, como parámetro de legitimidad de los hechos y del sistema normativo. Por ello, es propio de esta esfera, el estudio del complejo axiológico –constituido por justicia, verdad, utilidad, salud, bien, junto al poder, cooperación, previsibilidad, solidaridad, orden, coherencia, ilación–, de los criterios de justicia y de las relaciones valorativas implicadas –de coadyuvancia u oposición, de agregación o competencia–<sup>44</sup> y también se analizan, los medios requeridos para la construcción de un régimen de justicia que permita la coexistencia de libertades<sup>45</sup>.

La concreción jurídica de este régimen comprende el reconocimiento de dos presupuestos filosóficos: el humanismo y la tolerancia. El humanismo tiene por meta la autonomía y el desarrollo integral de cada persona<sup>46</sup>. La tolerancia fija su atención en el respeto de la autonomía de todos los demás (individuos y grupos), quienes también necesitan realizar sus proyectos y planes de vida por igual<sup>47</sup>. Para lograrlo, el constitucionalismo debe asumir el respeto de la unicidad, la igualdad y la tolerancia como componentes valorativos estratégicos. Razón por la cual tendrá que desarrollar tácticas de empoderamiento, empatía y sentido de pertenencia, propicias para la concreción de cada una de ellas, respectivamente<sup>48</sup>.

El modelo que estudiamos propicia el establecimiento de un régimen humanista que distinga las diferencias, que identifique al débil del poderoso razón por la cual, en muchos casos su alcance y contenido pueden llegar a tener rasgos intervencionistas, introduciendo el riesgo de caer en ciertos totalitarismos<sup>49</sup>. Así, bajo el amparo de los

<sup>42</sup> Dabove, María Isolina, *Argumentación jurídica y eficacia normativa: problemáticas actuales del funcionamiento del derecho*, “Díkaion”, vol. 24, n° 1, p. 36 a 65, jun. 2015, p. 44 a 48.

<sup>43</sup> Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 369 a 496; Ciuro Caldani, Miguel Á., *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 77 a 93.

<sup>44</sup> Ciuro Caldani, Miguel Á., *Metodología diktológica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 53; Ciuro Caldani, Miguel Á., *Metodología jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Rosario, Zeus, 2007, p. 38 a 48.

<sup>45</sup> Dabove, María Isolina, *Argumentación jurídica y eficacia normativa: problemáticas actuales del funcionamiento del derecho*, “Díkaion”, vol. 24, n° 1, p. 36 a 65, jun. 2015, p. 40 y 41.

<sup>46</sup> Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 439 a 440.

<sup>47</sup> Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 444; Portela, Mario A., *La Sociedad tolerante. Igualdad y no discriminación*, en Campoy Cervera, Ignacio - Palacios, Agustina (comps.), “Igualdad, no discriminación y discapacidad”, Madrid, Dykinson, 2007, p. 51 a 65.

<sup>48</sup> Dabove, María Isolina, *Derecho de la vejez: alcances y fundamentos*, Bs. As., Astrea, 2018.

<sup>49</sup> “En el humanismo intervencionista, los dirigentes del grupo pueden indicar a cada cual qué desarrollo de su personalidad debe realizar. Pero esta intervención puede estar más o menos justificada, ya se trate de un menor de edad o de un incapaz declarado tal, o bien de personas con autonomía. En este último supuesto, el intervencionismo corre el riesgo serio de llegar a convertirse en totalitarismo, dejando de ser, así, humanismo”. Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 440.



derechos humanos, procura el desarrollo de herramientas aptas para provocar cambios sociales e individuales<sup>50</sup>. Pone especial atención a los límites que expresan las condiciones reales de vida de las personas y grupos. Promueve también la instauración de acciones sociales transformadoras, que habiliten el fortalecimiento de las condiciones de vida de los más precarizados del sistema<sup>51</sup>.

Otra cuestión relevante para el enfoque trialista se vincula con los métodos de realización de los criterios de justicia incorporados al sistema. En este sentido cabe recordar la importancia que tienen las tareas de “fraccionamiento” y “desfraccionamiento” a fin de construir una solución valiosa –siempre perfectible– que, al mismo tiempo, atienda a su complejidad. Es decir, a su temporalidad (pasado, presente y porvenir del caso), espacialidad (territorialidad o extraterritorialidad), materialidad (objetos y campos) y subjetividades (personas en cuestión)<sup>52</sup>. La selección y el recorte de los elementos del caso, de las fuentes aplicables y de los valores y principios en juego lleva a producir siempre una solución de justicia aproximada, es decir, relativamente válida.

De modo tal que es probable que el criterio instaurado para un caso tenga que ser modificado frente a otro<sup>53</sup>.

Frente a ello, el constitucionalismo actual fue desarrollando dos sistemas de control de las decisiones de justicia para garantizar la corrección de su contenido. Por un lado, el control de constitucionalidad, mecanismo de defensa procesal, instaurado para asegurar la validez, legitimidad y eficacia del Estado de Derecho. Fue diseñado para vigilar el contenido de las fuentes derivadas de la Carta magna y fiscalizar las vías que los operadores utilizan para producirlas y aplicarlas<sup>54</sup>. Así, por su intermedio, se protegen los derechos de las personas, en igual medida que se vela por la coherencia jurídica, la estructura del poder público, el consenso democrático y los valores que legitiman el sistema<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> “Esto es, los derechos fundamentales y las demás cláusulas materiales no se presentan sólo como condiciones de validez de las leyes, sino también como normas con vocación de regular cualquier aspecto de la vida social, incluidas por ejemplo las relaciones entre los particulares. De este modo, la normativa constitucional deja de estar “secuestrada” dentro de los confines que dibujan las relaciones entre órganos estatales, para asumir la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar”. Prieto Sanchís, *Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica*, en Gascón Abellán (coord.), “Argumentación Jurídica”, p. 28.

<sup>51</sup> Iacub, Ricardo - Arias, Claudia Josefina, *La Gerontología Comunitaria: Poder, Comunidad y Vejez*, en Fergusson Cárdenas, Ingrid - Rojas Jara, Claudio (eds.), “Gerontología Actualizaciones y Temas Emergentes”, Chile, Universidad Católica del Maule, 2017, p. 45 a 66.

<sup>52</sup> Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 401 a 415.

<sup>53</sup> “La justicia humana es siempre imperfecta en la realidad, y solo una idea regulativa como ideal. La justicia de cualquiera de nuestras resoluciones se vicia por el desenvolvimiento incesante del mundo, por el contagio de cualquier entuerto en el rincón más apartado de la tierra, por el *progressus ad infinitum* y, por último, por el *regressus ad infinitum*. Todo acto humano contiene estos cuatro granitos de injusticia”. Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 414.

<sup>54</sup> Amaya, Jorge A., *Control de constitucionalidad*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 2015, p. 355 a 399; Midón, Mario A., *Control de convencionalidad*, Bs. As., Astrea, 2016, p. 71 a 105; Bazán, Víctor, *Derecho a la salud y justicia constitucional*, Bs. As., Astrea, 2014, p. 48 a 65.

<sup>55</sup> Amaya, *Control de constitucionalidad*, p. 362 a 368.

Por otra parte, el control de convencionalidad se fue configurando gracias a la labor paulatina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, plasmada en la opinión consultiva 2/28 de 1982. Allí, la Corte admitió la obligación de los Estados parte de un Tratado a quedar sometidos sine die al orden jurídico establecido y al cumplimiento de los “deberes referidos al bien común y de las responsabilidades hacia los individuos bajo su jurisdicción” concomitantes<sup>56</sup>. Desde entonces la Corte fue desarrollando distintos criterios que permitieron nominar este recurso y caracterizarlo, tal como se ilustra en los casos: “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”<sup>57</sup> del 2003, “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”<sup>58</sup> y en “Trabajadores cesados del Congreso (Aguad Alfaro y otros) contra Perú”, del 2006<sup>59</sup>.

Como resultado de esta evolución, la doctrina hoy define al control de convencionalidad como todo “procedimiento mediante el cual un tribunal verifica si determinado acto legislativo o, en su caso, la omisión de dictarlo es compatible con los tratados de derechos humanos vigentes en el Estado en cuestión”<sup>60</sup>. Además, admite que: a) “es de aplicación *ex officio* por parte de los órganos del Poder Judicial. b) Es complementario al ‘control de constitucionalidad’. c) Puede ser utilizado en todo asunto en donde existan impedimentos normativos y prácticos para el acceso real a la justicia, o por causa de la ineficacia de las instituciones judiciales”<sup>61</sup>.

De esta forma, el control de convencionalidad comprende el universo de derechos humanos consagrados en los tratados de referencia, los cuales a su vez impactan en el Derecho interno, a través de la Constitución. Pero de otro, compromete además a todos los jueces del Estado parte, incluyendo a las Cortes o Tribunales Superiores del país en donde se efectuó su tramitación<sup>62</sup>.

#### 4. Contexto de aplicación

En la actualidad, el constitucionalismo ha hecho posible la existencia de comunidades en las cuales el bienestar y la libertad, el empoderamiento de las personas y la vivencia de lo social en igualdad de condiciones que todos los demás, se encuentren en el centro discursivo de interés. Sin embargo, ello ha sido posible gracias al llamado proceso de especificación de los derechos humanos iniciado en la década de los años 50<sup>63</sup>.

<sup>56</sup> Amaya, *Control de constitucionalidad*, p. 364 y 365.

<sup>57</sup> Midón, *Control de convencionalidad*, p. 72 a 81; Amaya, *Control de constitucionalidad*, p. 362 a 369; Bazán, *Derecho a la salud y justicia constitucional*, p. 50 a 57.

<sup>58</sup> CIDH, 26/9/06, “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, serie C, n° 154, párr. 123.

<sup>59</sup> CIDH, 24/11/06, “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, serie C, n° 158.

<sup>60</sup> Midón, *Control de convencionalidad*, p. 71.

<sup>61</sup> Amaya, *Control de constitucionalidad*, p. 366 y 367; Bazán, *Derecho a la salud y justicia constitucional*, p. 57 y 58.

<sup>62</sup> Amaya, *Control de constitucionalidad*, p. 355 a 399; Midón, *Control de convencionalidad*, p. 71 a 105; Bazán, *Derecho a la salud y justicia constitucional*, p. 57 a 65.

<sup>63</sup> Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991, p. 63 a 84. Ver también: Peces Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, colaboración: Rafael de Asís, Carlós Fernández Liesa y Angel Llamas Gascón, Madrid, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 154 a 162; Peces Barba Martínez, Gregorio - Fernández García, Eusebio, *Historia de los derechos fundamentales*, t. I y II, vol. 1-3, Madrid, Dykinson, 1998, p. 9; Perez Luño,

a) Dimensión sociología: el proceso de especificación llega hasta nosotros como un fenómeno dialéctico y complejo. En su interior fue posible amalgamar la afirmación de los derechos civiles y políticos del liberalismo moderno, con la posterior expansión de los derechos económicos, sociales y culturales, del constitucionalismo social contemporáneo. Norberto Bobbio ha definido este proceso como el “paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos”.

Supuso una ruptura con el modelo racional y abstracto de la modernidad, y una aproximación al modelo de la igualdad material. Completó, pues, la idea de los destinatarios genéricos –hombres y ciudadanos–, con la de las personas situadas –como mujeres, niños, administrados, consumidores, usuarios de servicios públicos, personas con discapacidad, ancianos–. Matizó sus contenidos con la aparición de nuevos derechos, vinculados al medio ambiente, a la paz, al desarrollo<sup>64</sup>.

Así, cuando hoy hablamos del niño, del joven y del adulto mayor, por ejemplo; o bien, del educando y del educador, del varón y la mujer, del científico, del artista, del productor, del empresario, del obrero o del consumidor; lo hacemos, pensando en categorías existenciales relevantes, legítimamente diferenciadoras para el mundo jurídico.

Aludimos a esta manera nueva de percibir la humanidad<sup>65</sup>. Hacemos referencia al lugar real que ocupan las personas en su circunstancia vulnerable o empoderada. Registramos el punto de contacto entre el ser humano y su realidad. Reconocemos, en suma, su condición de sujeto capaz de dar cuentas de sus necesidades, de su libertad y de los modos comunicacionales de su existencia<sup>66</sup>.

En este nuevo despliegue de lo jurídico, observa Luis Prieto Sanchís, se concede la palabra a unos individuos que ya no pueden hacer abstracción de su historia, ni de su específica condición social. “Ni es necesario mutilar parte de su existencia, a la hora de definir los principios de un modelo justo de sociedad”<sup>67</sup>. Por ello, ha sido este paradigma el que habilitó la identificación de contextos de precarización de las

---

Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1995, p. 52 a 93.

<sup>64</sup> Dabove, María Isolina, *Los derechos de los ancianos*, Bs. As., Ciudad Argentina, 2002, p. 438.

<sup>65</sup> Esta perspectiva quizá pueda explicarnos, asimismo, por qué están apareciendo tantas ramas nuevas en el Derecho como, por ejemplo, el Derecho de la Educación, el Derecho de la Ciencia, el Derecho de Informática, el Derecho del Arte, el Derecho de la Salud, el Ecoderecho, el Bioderecho, el Derecho de la Integración, el Derecho de la Cultura y el propio Derecho de la Vejez. Véase además Dabove, María Isolina, *Nuevas fronteras de la juridicidad*, “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Rosario, n° 21, 1996, p. 91 a 110.

<sup>66</sup> “Aun cuando este ‘sí mismo’ sea poco o esté demasiado recortado, no está aislado. Está atrapado en un cañamazo de relaciones más complejas y más móviles que nunca. Joven o viejo, hombre o mujer, rico o pobre, el sí mismo, siempre está situado sobre nudos de circuitos de comunicación. A partir de este lugar de comunicación, el ser humano situado adquiere significación y poder: presencia”. Lyotard, Jean-François, *La condición postmoderna*, trad. Mariano Antolín Rato, Bs. As., Rei, 1995, p. 37 a 89.

<sup>67</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 57 a 92. Véase, además: Nino, Carlos S., *Autonomía y necesidades básicas*, “Doxa”, n° 7, p. 21 a 34, jun. 1990; Dabove, *Los derechos de los ancianos*, p. 440.

condiciones de vida jurídica de las personas, y permitió la elaboración de un gran número de documentos internacionales absolutamente novedosos en esta materia<sup>68</sup>.

b) Dimensión normativa: en el marco del sistema universal el proceso de especificación se inició con los cuatro Convenios constitutivos del derecho humanitario en 1949. Cada uno se refiere a una categoría específica de personas que no participan, o han dejado de participar, en las hostilidades. El primero está dirigido a aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña. El segundo, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar. El tercero es relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. El cuarto trata sobre la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. A ello debe sumarse el Estatuto de Roma, que instaura la Corte Penal Internacional en 1998, pero entrada en vigor en 2002, y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de diciembre de 2006.

En marzo de 1953 se aprobó la Convención sobre los Derechos políticos de la mujer. Más adelante, en 1967, se elaboró la Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer. La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer fue adoptada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1979 y entró en vigor en 1981. En el año 1959 se aprobó la Declaración de Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada en noviembre de 1989. La Declaración de Derechos del Disminuido Mental se sancionó en 1971 y la Convención sobre la Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en diciembre de 2006. Por su parte, la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007<sup>69</sup>. Por último, en relación con las personas mayores cabe mencionar el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el envejecimiento de 1982, los Cinco Principios en favor de las Personas de Edad de 199 y el Plan de Acción sobre el envejecimiento de Madrid del año 2002.

Al mismo tiempo, el sistema Interamericano puso en marcha los Protocolos adicionales de la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1988 y el referido a la pena de muerte en 1990. La Convención para prevenir y sancionar la tortura es de 1985 y está en vigor desde 1987. La Convención sobre desaparición forzada de personas es de 1994 y la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (“Convención De Belem Do Para”) de 1994, está vigente desde 1995. La Convención contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de Intolerancia de 2013, está en vigor desde el 11 de enero de 2017 gracias a las ratificaciones de Uruguay y Costa Rica. También es importante la Declaración de principios sobre libertad de expresión del año 2000 y los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas de 2008. Así como también, la Declaración americana sobre los derechos de los pueblos

---

<sup>68</sup> Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991, p. 110 a 119; Nikken, Pedro, *Los derechos del niño, de los ancianos y de la mujer: su protección internacional*, “Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos”, n° 4, jul./dic. 1986, p. 15 a 23 y 32 a 41.

<sup>69</sup> Naciones Unidas, *Documentos internacionales*, disponibles en [www.un.org/es/sections/documents/general-assembly-resolutions/index.html](http://www.un.org/es/sections/documents/general-assembly-resolutions/index.html).

indígenas del 14 de junio de 2016<sup>70</sup>. El último logro normativo de la OEA es la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores, aprobada por la Asamblea General el 15 de junio de 2015 y vigente desde el 11 de enero de 2017.

c) Dimensión valorativa: el constitucionalismo permite la identificación de principios jurídicos estratégicos, el aprovechamiento de oportunidades, el descubrimiento de funciones novedosas de las instituciones vigentes y la elaboración de tácticas para la toma de decisiones y la solución de conflictos que respete a la persona como un fin en sí<sup>71</sup>. Así, a la hora de pensar en el diseño de instituciones políticas y jurídicas, el constitucionalismo actual introduce nuevos estándares de justicia. Entre otras cuestiones, porque exige organizar el sistema jurídico de manera tal que cada persona pueda disponer de un marco de libertad que le permita desplegar su personalidad y fortalecer sus vínculos con los demás, en igualdad de condiciones<sup>72</sup>.

Junto a ello, en términos trialistas, el humanismo constitucional enseña que cada cual es un ser singular, distinto e irrepetible, y que de ello deriva, precisamente, el fundamento de la personalidad a la que la justicia asegura la libertad de desenvolvimiento<sup>73</sup>. La unicidad representa la singularidad de cada cual. Sin embargo, no se trata de algo dado naturalmente: es más bien, el resultado de un proceso de construcción cultural. Cada subjetividad se va definiendo en su interacción con los demás, está esencialmente fabricada y modelada en el registro de lo social<sup>74</sup>. Pero, al ser éste un proceso dialéctico, también da lugar a aquello que nos caracteriza, que nos hace específicos y, por ello, valiosamente distintos (la fisonomía, edad, etnia, género, genealogía, lengua, cultura, ideales, sueños, deseos, recursos, cada proyecto de vida)<sup>75</sup>.

La diversidad, por su parte, da cuenta de los diferentes modos que van adquiriendo los grupos sociales afines a lo largo del tiempo. Refleja la multiplicidad bio-psico-social de nuestro género y la idiosincrasia cultural de un colectivo. Alude, por ello, a las características especiales compartidas por un grupo. Hace referencia a la variedad de razas, costumbres, modos de producción, regímenes jurídicos, o cosmovisiones, esparcidas por el mundo (pasado, presente o provenir). Configura una complejidad, un sistema de vida específico, integrado por un conjunto de rasgos predicables sólo para quienes lo componen.

Por otro lado, la igualdad es el segundo componente de todo humanismo jurídico y es el fundamento en el que se basan los nuevos reclamos de justicia. Desde los tiempos de Aristóteles, la igualdad fue comprendida como un problema a resolver propio del ámbito de la justicia. Fue pensada en términos de “igualdad justa” o regla de justicia<sup>76</sup>. Sin embargo, detrás de esta afirmación más que respuestas,

<sup>70</sup> Organización de Estados Americanos, *Documentos internacionales*, disponibles en [www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos.asp).

<sup>71</sup> Ciuro Caldani, Miguel Á., *Estrategia jurídica*, Rosario, UNR Editora, 2011, p. 89 a 100.

<sup>72</sup> Dabove, *Los derechos de los ancianos*, p. 405.

<sup>73</sup> Goldschmidt, Werner, *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1986, p. 194.

<sup>74</sup> Guattari, Félix - Rolnik, Suely, *Micropolítica. Cartografías del deseo*, trad. Florencia Gómez, Bs. As., Tinta Limón, 2005, p. 47.

<sup>75</sup> Ferrater Mora, José, *Diccionario de Filosofía*, Barcelona, Ariel, 2001, t. 4, p. 3600 y 3601.

<sup>76</sup> “Por “regla de justicia” se entiende la regla según la cual se deben tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual”. Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Introducción: Gregorio

encontramos preguntas. Como advierte Luis Prieto Sanchís, el problema de la igualdad consiste ahora en saber cuándo dos cosas, dos personas o dos situaciones son iguales entre sí y cuáles, por ser distintas, merecen un tratamiento diferenciado<sup>77</sup>.

Desde la teoría trialista, la igualdad se define a partir de las tres dimensiones que componen el mundo jurídico<sup>78</sup>. Así, uno de sus sentidos es el costado valorativo identificado por Aristóteles, su calidad de regla de justicia, que se expresa como razón-guía para asegurar tanto la aplicación de criterios de relevancia, como de equiparación en la aplicación de la ley. Otro plano es el que se configura en el campo normativo que ha dado lugar al clásico principio de igualdad formal ante la ley y al de universalidad, garante de la coherencia básica del sistema jurídico. El tercero de sus despliegues es el que se desarrolla en el plano sociológico jurídico. Es el que funda el principio de no discriminación con relación a la necesidad de respeto de la unicidad de cada persona, pero también es el que legitima el concepto de “igualdad material” y acciones positivas, respecto de la diversidad grupal y comunitaria. En este marco también es importante el reconocimiento de la “igualdad de partida, de trámite y de llegada. La igualdad se asocia aquí, con el reconocimiento de la diversidad y da lugar a la igualdad de oportunidades<sup>79</sup>. Requiere, asimismo, que todos los miembros de una determinada sociedad estén “en iguales condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo”<sup>80</sup>.

El tercer elemento relevante del complejo valorativo es la comunidad, cuya etimología proviene de la voz latina *communitas*, alude a lo que es común y a las características compartidas por un determinado conjunto de población<sup>81</sup>. Desde el enfoque político este término suele estar asociado a la idea de nación, en el plano religioso o ideológico se lo vincula con la cofradía y en relación con nuestra especie se lo vincula

---

Peces Barba Martínez, trad. Pedro Aragón Rincón, Barcelona, Paidós, 1993, p. 64. Además, puede consultarse: Williams, Bernard, *La idea de igualdad*, en Feinberg, Joel (comp.), “Conceptos morales”, trad. José Antonio Pérez Carballo, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 268; Savater, Fernando, *La tradición filosófica de la igualdad*, “Claves”, n° 36, octubre de 1993, p. 2; Portela, Mario A., *La Sociedad tolerante. Igualdad y no discriminación*, en Campoy Cervera, Ignacio - Palacios, Agustina (comps.), “Igualdad, no discriminación y discapacidad”, Madrid, Dykinson, 2007, p. 65 a 68.

<sup>77</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Igualdad y minorías. Derechos y Libertades*, “Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, n° 5, año II, jul./dic. 1995, p. 112; Prieto Sanchís, Luis, *Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial*, “Doxa”, n° 15-16, 1994, p. 367. En el mismo sentido señala: Bobbio, *Igualdad y libertad*, p. 53: “decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa en el lenguaje político, si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosas son iguales. Es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) ¿Igualdad entre quiénes? y b) ¿Igualdad en qué?”.

<sup>78</sup> Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 412; Ciuro Caldani, Miguel Á., *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 13; Ciuro Caldani, Miguel Á., *Metodología jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Rosario, Zeus, 2007, p. 8; Ciuro Caldani, Miguel Á., *Estrategia jurídica*, Rosario, Unr Editora, 2011, p. 5.

<sup>79</sup> Peces Barba Martínez, *Curso de derechos fundamentales*, p. 248; Prieto Sanchís, *Igualdad y minorías. Derechos y Libertades*, “Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, n° 5, año II, jul./dic. 1995, p. 149.

<sup>80</sup> Bobbio, *Igualdad y libertad*, p. 79; Rawls, John - Sen, Amartya - Valverde Gefaell, Guillermo, *Libertad, igualdad y derecho: las conferencias Tanner sobre filosofía moral*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1994, p. 191.

<sup>81</sup> Corominas, Joan, *Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, Barcelona, Gredos, 2012, p. 163.

con la fraternidad e idea de “familia humana”<sup>82</sup>. Pero, siguiendo a Roberto Espósito, entenderemos por comunidad a aquel “conjunto de personas a las que une, no una “propiedad”, sino justamente un deber o una deuda”. O bien, un gravamen, o incluso una modalidad carencial, para quien está afectado, a diferencia de aquel que está exento o eximido. Se trata de un deber que une a los sujetos –en el sentido de “te debo algo”, pero no “me debes algo”–, de modo que no son enteramente dueños de sí mismos<sup>83</sup>.

También alude a “aquello que compartimos y nos distingue de los otros, a todo lo que nos identifica como lo que somos; lo que habla de nuestros orígenes y legados culturales, nuestras inclinaciones, gustos, afanes y destinos compartidos”<sup>84</sup>.

Por último, cabe recordar que los nuevos criterios de justicia del constitucionalismo actual han abierto, la posibilidad de fortalecer la condición jurídica de las personas que viven en contextos vulnerables. En particular, habilitaron el sustento de líneas de acción que tienden a su empoderamiento respecto de los demás actores sociales (ya sea el propio régimen u otros individuos). Otorgan fundamentos de identificación y empatía para justificar su protección frente a lo demás, es decir, a las circunstancias adversas se ensañen contra ellos (pobreza, enfermedad, soledad). Por último, han dado sustento al sentido de pertenencia comunitaria de las personas mayores y a la legitimación de las prácticas de intervención que consolidan los cambios sociales requeridos.

Así, el empoderamiento, la empatía y la pertenencia se constituyen en herramientas tácticas imprescindibles para la realización de los tres principios que componen el humanismo jurídico: la unicidad, la igualdad y la comunidad. Sostienen, en suma, los componentes psíquicos y afectivos de cada ser humano, necesarios para el desarrollo de una sociedad respetuosa e incluyente.

## 5. Esperanza latinoamericana

A lo largo de este trabajo nos hemos referido al nuevo escenario que plantea el constitucionalismo actual, a la luz de la teoría trialista del derecho. Observamos también que su existencia es un legado de los siglos XVIII y XIX. Sin embargo, este nuevo ciclo abierto en el XXI trae consigo nuevos problemas, desafíos y recursos, no suficientemente reconocidos por el Derecho latinoamericano.

La problemática de la discriminación, la desigualdad social y los prejuicios en torno a la unicidad y diversidad, la falta de alternativas y oportunidades causadas en el desinterés político por los más desventajados, los obstáculos fácticos para acceder al sistema judicial, la alta burocracia y las prácticas jurisdiccionales exégetas y formalistas, son cuestiones que exigen ser desterradas si queremos ser coherentes con los postulados del constitucionalismo actual. En Latinoamérica, tampoco ha sido valiosa

<sup>82</sup> Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 444.

<sup>83</sup> Espósito, Roberto, *Communitas. Origen y destino de la comunidad*, trad. Carlos Rodolfo Molinari Marotto, Bs. As., Amorrortu, 2012, p. 29 y 30.

<sup>84</sup> Iacub, Ricardo - Arias, Claudia Josefina, *La Gerontología Comunitaria: Poder, Comunidad y Vejez*, en Fergusson Cárdenas, Ingrid - Rojas Jara, Claudio (eds.), “Gerontología Actualizaciones y Temas Emergentes”, Chile, Universidad Católica del Maule, 2017, p. 1 a 15.

la vivencia jurídica del Estado asistencialista, ya que con ello se contribuyó a mantener en situación de fragilidad al sujeto de atención política al tomarlo como “víctima”.

No obstante, en nuestra región también supimos poner en marcha nuestras democracias deliberativas. Contra viento y marea, hemos aprendido el valor del poder de cada cual y de las alianzas estratégicas. Así como también hemos comenzado a desarrollar la autocrítica respecto de nuestras instituciones. Por todo ello, entiendo que el constitucionalismo nos conduce a trabajar en favor de la esperanza, de ese principio político que requiere, como dice Ernst Bloch, “de hombres que se entreguen activamente al proceso del devenir al que ellos mismo pertenecen”<sup>85</sup>.

© Editorial Astrea, 2022. Todos los derechos reservados.



---

<sup>85</sup> Bloch, Ernst, *El Principio Esperanza*, vol. I, Madrid, Trotta, 2004, p. 25.